CORSO
DI
CODICE CIVILE ITALIANO

DELLA MINORE ETÀ, DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE

R. UNIVERSITA' DI PADOVA · ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO ·

CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di Diritto civile
già Presidente del Consiglio di Stato, Senatore del Regno

MINORE ETÀ, TUTELA ED EMANCIPAZIONE

SPIEGAZIONE DEL TITOLO IX DEL LIBRO I

Seconda edizione ampliata

VOLUME OTTAVO

Della minore Età, della Tutela e della Emancipazione

(Spiegazione dei Capi I e II del Titolo IX, Libro I)

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
NAPOLI — ROMA — MILANO
1911

Diritti di traduzione e riproduzione riservati.

Titolo IX.

DELLA MINORE ETÀ, DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 1. Cause d'incapacità generali agli atti della vita civile, contemplate in queste e nel successivo titolo. — 2. Le disposizioni di legge risguardanti questa materia sono tutte d'ordine pubblico.

1. È un principio d'umanità e insieme d'interesse e d'ordine sociale, che a quelli i quali per le condizioni loro si trovino nella impossibilità di compiere personalmente gli atti della vita civile, di governare sè stessi e il loro patrimonio, debba essere dato chi li rappresenti, chi ne curi e protegga le persone, chi ne amministri i beni.

Tale principio si estende nelle sue applicazioni anche a casi nei quali la impossibilità di provvedere ai proprii interessi non dipende veramente da incapacità della persona, ma da circostanze estrinseche; come ne somministra esempi la legge nei provvedimenti che ha dati per la conservazione del patrimonio d'un assente (art. 21 cod. civ.), per l'amministrazione d'una eredità giacente (art. 980 cod. civ.), o d'una successione testamentaria in cui l'istituzione dell'erede sia stata fatta sotto una condizione sospensiva (art. 857 cod. civ.), o in cui sia stato istituito un non concepito, figlio immediato d'una determinata persona vivente (art. 860 cod. civ.).

Talvolta pure la legge stabilisce certe *incapacità speciali per determinati atti:* come avviene rispetto alla donna maritata pei casi in cui non può agire senza l'autorizzazione del marito (art. 134 cod. civ.); al tutore, a cui si proibisce di approfittare delle disposizioni testamentarie del suo amministrato, fatte prima dell'approvazione del conto definitivo (art. 769 cod. civ.); al testatore, le cui liberalità non possono oltrepassare la metà dei suoi beni, se morendo lascia figli (art. 805 cod. civ.); ai coniugi, che generalmente non possono durante il matrimonio alienare od obbligare la dote, nè le ragioni dotali (art. 1405 codice civile); alle persone a cui, secondo gli articoli 1457 e 1458, è vietato di acquistare per compra e vendita o cessione certi beni o diritti altrui.

Ma neppure in tali casi è veramente la incapacità della persona che dia causa a disposizioni protezionali della legge; sono circostanze estrinseche che prestano fondamento a particolari proibizioni che la legge fa; e la *incapacità speciale della persona* per quei determinati atti è l'*effetto* delle proibizioni stesse, anzichè costituirne la causa.

Altre volte sono le qualità stesse e le condizioni speciali della persona che la fanno riguardare civilmente come incapace; e non soltanto per uno od altro atto o contratto singolarmente considerato, ma per tutti, in generale, gli atti della vita civile, o per tutti quelli almeno che possano arrecare diminuzione della sostanza capitale del patrimonio. Allora questa presunta incapacità costituisce essa stessa la causa su cui si fondano le disposizioni della legge tendenti a proteggere gl'incapaci e tutelarne gl'interessi.

È appunto a questa *incapacità generale agli atti della vita civile*, che dobbiamo ora rivolgere il nostro studio; occupandoci di dimostrare i principii risultanti dai titoli IX e X di questo Libro primo del codice, in cui sono determinate le cause giuridiche di tale incapacità generale, e sono regolati gli effetti che ne derivano e i mezzi con cui

la legge intende di sovvenire al difetto di capacità delle persone, e proteggere queste stesse, e provvedere al governo dei loro beni.

Le cause che possono produrre incapacità generale agli atti della vita civile sono stabilite nei predetti titoli del nostro codice; e sono la *minorità*, l'*infermità abituale di mente*, che dia luogo alla *interdizione*, o in casi meno gravi alla *inabilitazione*; la *prodigalità*, il *sordo-mutismo* e la *cecità dalla nascita*, che possono parimente lasciar luogo alla *inabilitazione*.

La incapacità generale del minore per tutti gli atti della vita civile è la regola stabilita dalla legge, sulla presunzione *assoluta* ch'egli effettivamente non sia abbastanza atto a governare sè stesso e i proprii beni. Alla qual regola però è fatta eccezione dalla legge stessa pei casi in cui il minore sia *emancipato*, o *di diritto* pel matrimonio ch'egli abbia contratto, o *per atto formale* sotto le condizioni e nelle forme dalla legge stabilite. Cosicchè l'emancipazione, piuttostochè essere veramente una causa d'incapacità civile, cagiona anzi una limitazione di quella che deriva dalla minore età per sè stessa.

Al contrario, rispetto al maggiorenne la regola generale è la *capacità a tutti gli atti della vita civile*; nè possono esservi altre eccezioni che quelle stabilite da speciali disposizioni di legge (art. 323 cod. civ.). E queste eccezioni son fatte appunto pei casi di *abituale infermità di mente*, di *prodigalità*, di *sordomutismo*, di *cecità* dalla nascita. Sarebbe quindi superfluo voler dimostrare che tali cause di eccezionale incapacità del maggiorenne agli atti della vita civile non potrebbero mai estendersi oltre i casi e i termini della legge che le pronunzia.

Oltre le sopraddette, contemplate nel codice civile, vi è però un'altra causa che produce ugualmente una incapacità generale della persona agli atti della vita civile: ed è la *interdizione legale*, che s'incorre per certe condanne penali.

Al condannato, interdetto legalmente, si nomina un *tutore*, per rappresentarlo ed amministrare i suoi beni, nei modi stessi stabiliti dal codice civile per gl'*interdetti giudizialmente*. Senonchè questo provvedimento — a differenza degli altri casi, in cui è ordinato dalla legge per soccorrere alla persona che si trovi incolpevolmente in uno stato d'incapacità — è qui semplicemente una conseguenza necessaria dell'*essere tolta al condannato la capacità di amministrare i suoi beni;* e ciò poi non è per lui che un *accessorio della pena* inflittagli pel suo reato.

Quanto alle infermità fisiche, la legge non ha contemplate che quelle del *sordo-muto* e del *cieco dalla nascita;* i quali, giunti che siano alla età maggiore, si reputano *inabilitati di diritto, se il tribunale non li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie* (art. 340 cod. civ.).

Qualunque altra infermità corporale lascierebbe dunque l'infermo soggetto all'applicazione dei principii comuni di diritto; per l'evidente ragione, già sopra accennata, che le cause d'incapacità dei maggiorenni sono *eccezioni*, le quali non possono estendersi oltre i casi espressamente stabiliti dalla legge, e tanto meno lo possono in ciò che riguarda lo *stato civile delle persone*, che è tutto in assoluto ed esclusivo dominio della legge.

Ma ciò, ben s'intende, vale soltanto pei casi nei quali la malattia fisica da cui la persona sia afflitta non tragga seco per conseguenza anche uno *stato abituale d'infermità di mente*, che dia luogo alla interdizione od alla inabilitazione a norma degli articoli 324 e 339 del codice civile.

E s'intende ancora che la massima predetta non può essere applicabile se non in quanto la validità o nullità d'un atto o d'un contratto si consideri in relazione soltanto alla *capacità civile* di chi vi fu parte. Ma anche un atto o contratto, che non sia nullo per *incapacità civile* del disponente o contraente, può esserlo per ben diverse cause; e, a parte tutte le altre, anche per quelle condizioni individuali, che rendendo impossibile alla persona la manifesta-

zione d'un vero atto di volontà, producano una *incapacità naturale*, che si opponga alla formazione giuridica della convenzione o dell'atto di cui si tratti. Così se un maggiorenne, non interdetto, nè inabilitato, abbia fatto un atto o un contratto in un momento in cui, per causa anche temporanea, anche accidentale, si trovasse in istato di mente non sana, si potrà ben dire ch'egli godeva di piena capacità civile, ma l'atto o il contratto non sarà valido perciò. Esso non sarà semplicemente *annullabile* per causa puramente civile d'incapacità; ma sarà peggio ancora, sarà affatto *inesistente in diritto* per la *incapacità naturale*, che avrà reso impossibile la formazione giuridica dell'atto o del contratto, mancando assolutamente un vero consenso della parte.

2. Tutte le disposizioni di legge riguardanti l'incapacità civile generale di certe persone, sia in quanto determinano le cause da cui deriva una tale incapacità, sia in quanto stabiliscono i mezzi per provvedere agli interessi degli incapaci, riguardano l'*ordine pubblico*. È questo un principio tanto evidente da non aver bisogno di dimostrazione; imperocchè la protezione degl'incapaci — come già notammo — non è solo un dovere di umanità, ma una necessità per mantenere l'ordine sociale. Nè ci mancheranno occasioni d'incontrarne molte applicazioni praticamente utili.

Possiamo però fin d'ora osservare una conseguenza generale, di non lieve importanza, che deriva necessariamente da quel principio.

Abbiam detto che le disposizioni di legge, per le quali siano stabilite incapacità agli atti della vita civile, essendo *eccezionali* e modificative dello stato delle persone, che è sempre in dominio assoluto ed esclusivo della legge medesima, non possono essere estese oltre a quanto essa abbia espressamente determinato. Ma d'altro lato — in virtù appunto del principio che tutte le disposizioni legislative,

dalle quali è determinata e regolata la condizione d'incapacità civile delle persone, appartengono all'ordine pubblico — è certo pure non potersi a tali leggi derogare in alcun modo, sia pure in senso restrittivo, col mezzo di convenzioni o disposizioni private (art. 12, disposizioni preliminari).

Così non è dubbio che con un contratto o con una disposizione testamentaria, come non si potrebbe infliggere ad uno dei contraenti od al beneficato una incapacità civile di cui egli non fosse colpito dalla legge, nè estendere gli effetti di quella incapacità che la legge medesima avesse pronunziata, neppure sarebbe lecito di liberare una persona dalla incapacità che la legge dichiarasse a suo carico, o di limitarne le conseguenze e gli effetti giuridici, o di immutare in qual si fosse modo alle norme costituenti il sistema di protezione legale organizzato in favore di questi incapaci.

Nè simili derogazioni potrebbero essere permesse al consiglio di famiglia, nè all'autorità giudiziaria: la cui missione — in questa materia specialmente, che si attiene per essenza sua all'ordine pubblico, ed è quindi in esclusivo dominio della legge — non può consistere che nell'applicazione rigorosa delle disposizioni di questa. Dove essa ha stimato opportuno di lasciare qualche facoltà di apprezzamento, qualche potere discrezionale al consiglio di famiglia od all'autorità giudiziaria, lo ha dichiarato espressamente; come, per es., in ciò che riguarda la dispensa del tutore dal proseguire nell'uffizio ch'egli acconsenta di rassegnare (art. 276 cod. civ.), e in ciò che concerne la *cauzione* (articolo 292 cod. civ.). Dove invece le disposizioni della legge siano assolute, nè lascino espressamente alcuna facoltà discrezionale al consiglio di famiglia o all'autorità giudiziaria, sarebbe arbitraria e lesiva dell'ordine pubblico ogni derogazione che a tali disposizioni si volesse fare.

CAPO I.

Della minore età.

Sommario. — 3. Idee generali su questa causa d'incapacità agli atti della vita civile. — 4. Minorità ordinaria e minorità speciali. — 5. Come si calcoli la durata della minore età. — 6. Incapacità generale derivante dalla minorità ordinaria. Se si estenda fino a rendere nulli gli atti che il minore abbia fatti personalmente, coll'intervento però e coll'autorizzazione di chi lo rappresenta legittimamente. — 7. Mezzi con cui la legge ha provveduto alla incapacità derivante dalla minorità. — 8. Differenze principali tra la patria potestà e la tutela. — 9. I figli illegittimi sono necessariamente in istato di tutela sin dal tempo della nascita.

3. Le facoltà intellettuali dell'uomo si sviluppano gradualmente; ed è solo dopo un corso non breve d'anni ch'esse acquistano forza sufficiente e si trovano abbastanza corroborate dall'esperienza, perchè si possa provvedere da sè a difendere la propria persona e gl'interessi proprii, ed a governare i beni.

L'età in cui si raggiunge di fatto una tale capacità varia, naturalmente, a seconda di circostanze individuali: ma è troppo manifesto che non sarebbe stato possibile far dipendere da queste la *capacità di diritto* per ciascuna persona. La legge ha dovuto dunque ricorrere, anche in questo come in tanti altri casi, a *presunzioni* fondate su ciò che avviene nel maggior numero d'individui, secondo lo stato dei costumi e della civiltà del paese, e sopra queste basi stabilire un limite uniforme di quella età alla quale soltanto si reputa esistere una perfetta capacità.

Chi non ha ancora raggiunta questa età legale, si dice *minore; maggiore* chi l'ha superata.

La incapacità generale del minorenne subisce però — come già avvertimmo — una limitazione quando il minore ottenga o *di diritto* o *per atto formale la emancipazione* (art. 310, 311, 312 cod. civ.); la quale è ammessa dalla legge anche come correttivo di ciò che potrebbe avere di

troppo assoluto la presunzione generale relativa alla incapacità per età minore, e costituisce uno stato intermedio fra questa completa incapacità e la capacità perfetta della età maggiore.

Oltre a ciò la incapacità del minore per gli atti della vita civile in generale non esclude che debba farvisi eccezione per qualche atto determinato di particolare natura. In altre parti di questo corso avemmo infatti occasione di avvertire che anche chi sia colpito d'una incapacità civile generale — purchè, ben s'intende, abbia *capacità naturale* — può essere tuttavia ed è veramente ammesso nella massima parte dei casi ad esercitare quei diritti e ad effettuare quegli atti, nei quali, per la loro essenziale e strettissima personalità, non potrebbe agire per l'incapace chi sia legittimamente deputato a rappresentarlo.

L'incapacità impedisce l'esercizio personale dei diritti civili spettanti all'incapace, ma non glie ne toglie il godimento. Tutto ciò è perfettamente conciliabile finchè non si tratti che di diritti da poter essere esercitati, di atti da poter essere compiuti in nome dell'incapace dalla persona che sia delegata a norma di legge per rappresentarlo. Ma quando, all'opposto, si tratti di diritti o di atti il cui esercizio o la cui effettuazione non possa essere che *esclusivamente personale*, non possa essere che una manifestazione diretta della volontà della persona a cui il diritto appartiene, o per la quale devesi effettuare l'atto, il negarne a lei l'esercizio personale equivarrebbe negli effetti a toglierglìene anche il godimento. In tali casi pertanto la legge non fa altro, in generale, che circondare di guarentigie particolari l'esercizio del diritto o l'effettuazione dell'atto, che per la natura sua dev'essere lasciato personalmente a chi è incapace per gli altri atti della vita civile (1). Così è che anche il minore di età può contrarre matrimonio e stipulare personalmente le convenzioni relative, purchè ottenga il con-

(1) V. vol. IV, n. 31, pag. 91.

senso delle persone determinate a tale uopo dalla legge (art. 63-66, 1386 cod. civ.): che può testare, come se fosse maggiorenne, purchè solo abbia compiuta l'età di diciotto anni (art. 763, n. 1, cod. civ.); che può fare validamente il riconoscimento d'un proprio figlio naturale (1).

Di tutto questo però parlammo in via di massima generale; non escludendo che anche atti essenzialmente ed esclusivamente personali possano talvolta, per particolari ragioni, essere vietati a chi per certe cause si trovi colpito d'una incapacità civile generale. Così è che l'interdetto giudizialmente non potrebbe contrarre matrimonio nè testare (art. 61, 763, n. 2, cod. civ.), quantunque al tempo della celebrazione dell'atto si trovasse in istato di mente sana.

4. Nello stabilire il limite della età minore il nostro codice ha adottata la massima già accolta dalle precedenti legislazioni in Italia:

“ È minore la persona che non ha ancora compito gli “ anni ventuno „ (art. 240), e correlativamente “ la mag- “ giore età è fissata agli anni ventuno compiti.

“ Il maggiore d'età è capace di tutti gli atti della vita “ civile, salve le eccezioni stabilite da disposizioni speciali „ (art. 323).

La generalità stessa di queste disposizioni dimostra abbastanza ch'esse sono comuni per ambidue i sessi. Era notato in proposito, nella Relazione del Senatore *Vigliani*, che “ se lo sviluppo fisico e morale, che nelle donne suol “ essere più precoce, può da un lato suggerire un termine “ più breve alla loro minorità, d'altro lato la debolezza del “ sesso femminile, e la minore sua attitudine alla tratta- “ zione degli affari, persuade di fissare lo stesso confine “ alla età minore delle femmine e dei maschi „ (pag. 75).

(1) V. vol. VI, parte II, n. 98, pag. 54 e seguenti.

R. Università di Padova · Istituto di Diritto Privato

Questa, di cui parliamo ora, è la *minorità ordinaria*, durante la quale la persona è costituita dalla legge in uno stato *d'incapacità generale*, mentre è soltanto alla maggiore età che la persona diviene *capace di tutti gli atti della vita civile*, come si esprime l'art. 323 sopra riferito.

Vi sono però eziandio certe *minorità speciali;* le quali non riguardano la incapacità che per qualche atto particolare. Può avvenire infatti che la legge renda una persona civilmente incapace per un determinato atto fino ad una età più avanzata di quella che costituisce la maggiore età ordinaria, od almeno subordini la capacità di quella persona all'adempimento di qualche speciale formalità abilitante. E ne trovammo un esempio trattando del matrimonio, quando vedemmo non poterlo contrarre *il figlio che non abbia compiuto gli anni venticinque*, se non ottenga il consenso del padre e della madre (art. 63 cod. civ.).

Può avvenire, all'opposto, che per determinati atti — aventi quel carattere essenzialmente ed esclusivamente personale, di cui parlammo nel numero precedente — una persona, che pure si trovi ancora nella minorità ordinaria, sia fatta dalla legge pienamente capace, od almeno le si conceda di compiere tali atti personalmente, salvo solo l'assoggettarsi a formalità abilitanti eccezionali. E di ciò troviamo nel codice parecchi esempi già ricordati sopra.

Il minore, quando abbia compiuta l'età di diciotto anni, acquista la piena capacità di testare, non altrimenti che se fosse maggiorenne (art. 763, § 1, cod. civ.).

Alla stessa età l'uomo, ed a quindici anni la donna, divengono capaci a contrarre matrimonio (art. 55 cod. civ.), ed a prestare personalmente il consenso nelle convenzioni matrimoniali (art. 1386 cod. civ.); senonchè, fino a quando siano in minore età, abbisognano per l'uno e per l'altro atto del consenso dei genitori; e se questi siano morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, il minorenne, per poter contrarre matrimonio e stipulare le relative convenzioni, deve riportare il consenso *degli avi e delle*

avole; e questi ancora mancando, il consenso del consiglio di famiglia (art. 63, 64, 65 cod. civ.).

Nel che si manifesta dunque una derogazione alle regole comuni circa la minore età; anche perchè il minore dipende, quanto al contratto di matrimonio, dall'autorità di persone diverse da quelle alle quali è subordinato per gli altri atti della vita civile. Il minore, che possa per età contrarre matrimonio, che sia in istato di tutela, che abbia viventi e capaci avi od avole, i quali non partecipino in alcun modo alla tutela stessa, mentre pel governo della sua persona e dei suoi beni è soggetto al tutore ed al consiglio di famiglia, pel matrimonio invece dipenderà da quegli avi od avole; col cui consenso, e senza alcuno intervento del tutore nè del consiglio di famiglia, potrà anche fare validamente nelle convenzioni matrimoniali tutte quelle disposizioni dei proprii beni, *tutte le stipulazioni e donazioni* — come dice l'art. 1386 del cod. civ. — che reputi del proprio interesse.

Ecco dunque altrettante derogazioni alle regole comuni circa l'incapacità del minore, altrettante *minorità speciali;* le quali però sono relative soltanto a certi atti particolarmente determinati dalla legge, e per tutti gli altri lasciano intatte quelle regole, a cui rimane soggetto il minore finchè non sia *emancipato.* Per altro nel caso stesso di emancipazione non potrebbero scorgersi gli estremi di una *minorità speciale*, ma semplicemente d'una modificazione dello stato di minorità ordinaria; poichè — come già osservammo — l'emancipato è costituito in una condizione intermedia tra la completa incapacità civile del minorenne, e la piena capacità del maggiore.

5. In qual modo deve farsi il computo dei 21 anni, il compimento dei quali costituisce la maggiore età? Questa, che a primo aspetto si presenta come una domanda a cui sia troppo ovvia la risposta, non ha però lasciato di dar luogo a qualche difficoltà ed a diverse opinioni.

Il primo dubbio è: se i 21 anni debbano contarsi *a giorni interi* — come avviene per la prescrizione, secondo l'articolo 2133 cod. civ. — o *ad ore;* ossia, a dire più esatto, *dal momento preciso in cui la persona sia nata a quello corrispondente del giorno in cui abbia compito il ventunesimo anno*. La disposizione dell'art. 2133 non può prestarsi per questo caso ad un argomento di analogia. Troppo sono diverse le due materie che vengono così poste a confronto; e d'altra parte i motivi, da cui è giustificata la massima che la prescrizione debba essere computata a *giorni interi*, non si riproducono rispetto al computo dell'età minorile. Il tempo della prescrizione ha per punto di partenza la data di un atto, in cui non è necessario che sia indicata l'ora nella quale è ricevuto; o il cominciamento del possesso, che è facile a provarsi quanto al giorno, mentre il precisarne l'ora sarebbe difficilissimo e farebbe dipendere la determinazione d'importanti diritti da prove spesso fallaci. All'opposto nell'atto di nascita dev'essere enunciato non solo il giorno ma anche l'*ora* della nascita; e il punto di partenza della minore età è così accertato sotto la pubblica fede (art. 374 cod. civ.).

Anche in diritto romano era ritenuto il principio — *in usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus* — (L. 6, ff. *de usurp. et usuc.* Dig., XLI, 3); e nondimeno rispetto al computo della minorità era pure ammesso che — *a momento in momentum tempus spectetur* — (L. 3, § 3, ff. *de minor. vigintiquinque annis*. Dig., IV, 4).

Tale infatti è la massima generalmente accettata dalla dottrina (1); sebbene non siano mancati anche sostenitori dell'opinione contraria, i quali però, concordi solo nel ritenere che il computo dell'età minorile dovesse farsi *a giorni interi e non ad ore*, si dividevano pel resto, volendo alcuni

(1) V. Marcadé, art. 388, § III, t. II, n. 175; Valette sur Proudhon, t. II, chap. XVI, observ. I; Demolombe, t. VIII, n. 407; Laurent, t. IV, n. 362, pag. 472, 473.

che il giorno della nascita — sebbene questa potesse essere avvenuta nell'ultima ora di essa — dovesse comprendersi intero nei ventun anni; altri, al contrario, che quel giorno dovesse escludersi affatto dal computo, sebbene la nascita potesse essersi verificata nella prima ora del giorno.

Un altro dubbio potrebbe presentarsi per un istante alla mente, ed è questo: ciascuno dei ventun anni deve calcolarsi sempre di 365 giorni, tenendo quindi conto in più del giorno intercalare negli anni bisestili? Ma poca riflessione basta a dissipare ogni incertezza su di ciò. La legge dichiarando *minore la persona che non ha ancora compito gli anni ventuno*, si è riferita evidentemente al modo comune di calcolare gli anni di età. Ora questo computo si fa sempre procedendo dal giorno della nascita al giorno corrispondente di ciascun anno che segue; e niuno certamente pensa a tener conto del giorno che sopravanza in ciascun anno bisestile, per ravvicinare corrispondentemente d'un giorno l'anniversario successivo. D'altronde il *bisesto* serve realmente a ragguagliare il corso di tutti quattro gli anni — all'ultimo dei quali si aggiunge — affinchè corrispondano ad altrettanti anni solari, cosicchè il periodo dei ventun anni sarebbe veramente incompleto se ne venissero sottratti i cinque *bisesti* che vi coincidono.

Non sembra dunque da dubitare che i ventun anni debbansi computare naturalmente, secondo il calendario, e non sempre di 365 giorni. Due persone, l'una delle quali sia nata nel 28 febbraio e l'altra nel 1° marzo d'un anno bisestile, diverranno pertanto maggiori di età, quella il 28 febbraio e questa il 1° marzo del ventunesimo anno dopo quello in cui nacquero, appena sia trascorsa l'ora corrispondente a quella della loro nascita; sebbene accada così che la minorità della prima di queste persone venga a durare un giorno più che quella della seconda.

Ma è sôrta un'altra difficoltà, rispetto a coloro che siano nati precisamente nel bisesto. Venuti alla luce nel 29 febbraio d'un anno bisestile, nel ventunesimo anno dipoi essi

non trovano il ventinovesimo giorno del febbraio. Diverranno dunque maggiori di età soltanto il 1° marzo successivo, trascorsa l'ora in cui nacquero? Il frammento già sopracitato (L. 3, § 3, ff. *de minoribus vigintiquinque annis*. Dig., IV, 4), ci porge argomento per risolvere la questione in senso opposto a quello ora indicato: " Proinde et si bis- " sexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus " scripsit nihil referre: nam *id biduum pro uno die habetur, et* " *posterior dies intercalatur* ". Nel calcolare gli anni della minore età, il bisesto si confonde dunque col giorno che precede; cioè il 28 e il 29 di febbraio si considerano come se fossero un giorno solo; sicchè riesce indifferente l'essere nato nell'uno piuttostochè nell'altro di questi giorni. Ne seguirà pertanto che anche chi è nato nel dì 29 di febbraio diverrà maggiorenne allorchè sia trascorsa l'ora della sua nascita nel 28 febbraio del ventunesimo anno dopo.

Da ciò alcuni autori hanno dedotta un'ulteriore conseguenza; che, cioè, *tutte le persone nate nel giorno intercalare d'un anno bisestile, sebbene in ore diverse di quel giorno, divengano maggiori di età in uno stesso istante, allo spirare del mese di febbraio del ventunesimo anno; che val quanto dire al punto della mezzanotte che separa il 28 febbraio dal 1° marzo* (1). La quale conseguenza però non pare che discenda a fil di logica dalle premesse, nè dal dettato della legge romana. Dal considerarsi il bisesto — pel calcolo degli anni di minorità — come formante un giorno solo con quello che lo precede, ne deriva bensì — come appunto stabilisce la legge predetta — che sia indifferente l'essere nato piuttosto nel 28 che nel 29 febbraio d'un anno bisestile, e che anche chi sia nato in quest'ultimo giorno raggiunga la maggiore età nel 28 febbraio di quell'anno in cui compie il ventunesimo; ma non sembra seguirne che *non si debba più avere in nessuna considerazione l'ora della nascita*, sicchè chi sia nato nella prima ora, e chi nell'ul-

(1) Valette sur Proudhon, l. c., § II; Demolombe, l. c., n. 409.

tima del 29 di febbraio, divengano ugualmente maggiorenni allo scoccare della mezzanotte che separa il 28 febbraio dal 1° marzo del ventunesimo anno posteriore. L'avere stabilito che il bisesto debba considerarsi *come un sol giorno con quello che lo precede* non significa precisamente che l'ultimo *istante del giorno 28 di febbraio debba reputarsi comprendere tutto il giorno successivo nell'anno bisestile.*

Ma, si domanda, poichè tutta questa teoria si fonda in fine sulla indicazione, voluta nell'atto di nascita, dell'ora in cui questa è avvenuta, quale regola sarà dunque da seguirsi allorchè questa disposizione dell'art. 374 codice civile non sia stata adempita? Qualcuno ha risposto che in tal caso “ la maggiorità non si acquisterebbe che *allo* “ *spirare del giorno anniversario* „ (1): in altri termini, i ventun anni si conterebbero non più *ad ore, ma a giorni interi.* Altri, all'opposto, ha insegnato che la negligenza del pubblico uffiziale non potendo modificare i principii, sarebbero ammissibili altri mezzi di prova per far constare dell'ora precisa della nascita; e si potrebbe ricorrere ai registri tenuti dai congiunti, ed anche alla prova testimoniale, che ben di rado farebbe difetto, poichè la nascita d'un figlio è un fausto avvenimento che s'imprime nella memoria dei membri della famiglia come un ricordo di felicità (2). E pare più giusto questo insegnamento del *Laurent.* Pur tuttavia non è improbabile che si verifichi talvolta la mancanza assoluta di qualunque mezzo per provare il momento preciso in cui la nascita sia avvenuta. E allora soltanto sarebbe da seguire l'opinione del *Demolombe.* Constando soltanto del giorno della nascita, senzachè fosse possibile determinare con precisione l'ora in cui essa fosse avvenuta, e d'altra parte i provvedimenti legislativi per la minore età essendo tutt'altro che odiosi, poichè tendono alla

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 408.

(2) V. Laurent, t. IV, n. 362; Ricci, *Corso teorico-pratico di dir. civile,* n. 381.

protezione degl'incapaci, sarebbe dunque da ritenersi che la maggiorità non fosse acquistata che all'ultimo momento, allo spirare, cioè, del giorno anniversario della nascita (1).

6. Notammo già come pel minore di età sia regola generale la incapacità di lui per tutti gli atti della vita civile; tenuto però conto delle limitazioni che questa regola può subire, sia in virtù della emancipazione che il minore abbia ottenuta, sia per certi atti speciali, che in considerazione del loro carattere di stretta personalità possono essere compiuti dal minore stesso, salva l'osservanza delle condizioni e delle forme abilitanti particolari che la legge abbia stabilite (2).

E quella incapacità civile è completa; sicchè il minore non è ammesso, in generale, ad esercitare personalmente i diritti civili che gli appartengono, ma per lui li esercita chi ha dalla legge il mandato di proteggerne la persona e gl'interessi, e di *rappresentarlo in tutti gli atti civili*. Questo principio, che dovemmo riconoscere trattando della patria potestà (3), è comune parimente alla tutela (art. 277 codice civ.). Non si deve però spingerne tropp'oltre le conseguenze, riputando nullo ogni atto che non fosse compiuto *esclusivamente da chi esercitasse la patria potestà* o *dal tutore*, ogni atto a cui il minore avesse prestato personalmente il consenso coll'intervento e autorizzazione della persona alla cui autorità è soggetto. Sarebbe questo un errore; di fronte ai principii, secondo i quali se un atto o un contratto sia avvenuto nell'interesse del minorenne col consenso della persona incaricata di rappresentarlo e col concorso di ogni altra condizione e formalità abilitante che sia prescritta dalla legge, non potrebb'esservi ragione sufficiente onde annullare quell'atto o quel contratto perchè vi avesse con-

(1) V. Marcadé, t. II, n. 175 in fine.
(2) V. sopra, n. 1, pag. 3; n. 3, pag. 8, 9.
(3) V. vol. VII, n. 193, p. 437.

corso inoltre l'intervento personale e il consenso del minorenne medesimo; sarebbe un errore di fronte al testo positivo e chiaro della legge, la quale nell'art. 1303, n. 1, del codice civile dichiara annullabili le obbligazioni dei minori " allorchè il minore non emancipato *ha fatto da sè* " *un atto senza l'intervento del suo legittimo rappresentante* „.

Nè pure sembra ammissibile l'idea che la presenza del minore agli atti che si compiono nel suo interesse sia sempre assolutamente inutile; chè vi sono convenzioni, le quali vincolando in modo più speciale la libertà della persona, non potrebbero stabilirsi senzachè v'intervenisse direttamente il consenso di lei. Così se si trattasse di *obbligare l'opera del minore all'altrui servizio* per un tempo determinato (art. 1628 cod. civ.) non basterebbe che il contratto fosse fatto dal legittimo rappresentante del minore stesso, se questi non vi avesse prestato personalmente il consenso.

7. Costituito per legge il minorenne in uno stato di completa incapacità civile, era conseguente e indispensabile che la legge medesima provvedesse affinchè altri proteggesse la persona di lui, ne governasse i beni e lo rappresentasse in tutti gli atti civili che potessero occorrere pel suo interesse. Finchè i genitori, o quello di essi che fosse superstite, esercitassero sul figlio minore la patria potestà, la legge non aveva bisogno di creare, ma solo di regolare colle sue disposizioni il sistema di protezione a vantaggio dell'incapace; poichè il figlio per legge stessa di natura è confidato alle cure dei proprii genitori, la cui autorità deve esercitarsi sia nel difendere la persona stessa del figlio, nell'educarlo e istruirlo, sia ancora nel conservare i mezzi ch'egli abbia per provvedere ai proprii bisogni, nell'amministrarne i beni; ed è ciò che la legge positiva ha fatto collo stabilire le norme, che già abbiamo esaminate, concernenti la patria potestà. Ma pel caso che questa mancasse, per morte o per assenza dichiarata d'ambidue i genitori, o per effetto di condanna penale in cui gli stessi

fossero incorsi, era pur d'uopo affidare i medesimi uffici ad altra persona, acciocchè la incapacità del minore non tornasse a suo danno; ed è ciò che fu fatto colla istituzione della tutela.

8. Da ciò si scorge come patria potestà e tutela abbiano identità di scopo nella protezione della persona e degli interessi del minore; perchè anche la patria potestà, quantunque costituisca incontestabilmente un vero diritto pel genitore a cui essa appartiene, è nondimeno stabilita veramente nell'interesse del figlio, e l'autorità che sovra esso esercita il genitore non è altro infine che la conseguenza e il mezzo necessario per l'adempimento delle obbligazioni che incombono al genitore medesimo verso il figlio. Non ostante ciò questi due istituti, della patria potestà e della tutela, differiscono tra loro in parecchi punti importanti.

La patria potestà è fondata sul diritto di natura; la tutela, al contrario, è istituzione puramente civile.

La patria potestà non è deferita che direttamente ed esclusivamente dalla legge; la tutela può essere deferita, per concessione della legge, anche in virtù di disposizione dell'uomo.

La patria potestà non è attribuita che al padre ed alla madre; la tutela può essere deferita a qualunque persona che sia capace, secondo la legge, ad assumere tale ufficio.

Oltre a queste differenze, altre ancora ne esistono tra la patria potestà e la tutela relativamente all'organizzazione stessa di questi istituti, alle guarentigie offerte all'incapace per assicurarne gl'interessi, alle facoltà riguardanti l'esercizio dell'amministrazione. Intorno alle quali cose furono esposte sufficienti notizie nel trattare della patria potestà, per non dovervi ora insistere di nuovo (1).

(1) V. vol. VII, n. 181-183, pag. 396-416.

Il *Proudhon* (1) ha creduto di poter rilevare altri punti di distinzione:

“ La patria potestà — egli ha detto — è *un diritto*, “ mentre la tutela è un *onere*.

“ La patria potestà è instituita *in favore dei genitori;* la “ tutela, al contrario, *in favore dei minori*.

“ Il tutore agisce *in nome del minore*, mentre il genitore “ che esercita la patria potestà *usa del proprio diritto*, *e* “ *non agisce che in proprio nome personale*.

“ I genitori non hanno a render conto dell'uso che fanno “ della loro autorità; i tutori, all'opposto, sono obbligati “ a render conto della loro gestione „.

Ma queste osservazioni del *Proudhon* furono giustamente censurate dallo stesso suo annotatore, il *Valette;* e certamente non sono conformi alle vere nozioni della patria potestà secondo il diritto moderno. Non è vero che la patria potestà sia *istituita a favore dei genitori;* poichè essa ha per fine principale — come dimostrammo — di provvedere alla protezione del figlio minore, incapace di governare se stesso e i proprii beni. È quindi inesatto il concetto che la patria potestà sia *un diritto*, e la tutela *un onere*. Amendue sono *diritti*, nel senso che le persone a cui spetta l'autorità patria o tutoria possono rivendicarne e difenderne il libero esercizio contro chiunque pretendesse d'impedirlo o scemarlo; amendue sono *oneri*, inquantochè non è una fàcoltà ma un obbligo giuridico, tanto pel genitore a cui spetti la patria potestà, quanto pel tutore, il provvedere alla persona del minore ed amministrarne i beni. È inesatto parimente che il genitore esercitando la patria potestà *agisca in proprio nome personale;* chè quando egli rappresenta il figlio negli atti civili e ne amministra i beni (art. 224, § 1, cod. civ.) agisce fuor di dubbio *in nome del minore*, come fa il tutore quando opera in tale qualità. È vero che esercitando la patria potestà il genitore *usa del proprio diritto;* ma ciò

(1) V. *Traité sur l'état des personnes*, t. II, chap. VII, p. 284.

non è men vero rispetto al tutore quando esercita le funzioni di cui è investito. È erroneo, infine, che i genitori *non abbiano a render conto dell'uso che fanno della loro autorità*. Della loro gestione amministrativa debbono render conto al pari di qualunque altro amministratore dei beni altrui (1); e quanto all'esercizio della loro autorità sulla persona del figlio, ne sono responsabili non meno del tutore, e gli abusi che commettano possono dar luogo ai provvedimenti accennati dall'art. 233, come il tutore, che sia colpevole di abuso di autorità nell'esercizio della tutela, può esserne rimosso (art. 269, n. 3, cod. civ.).

9. Era massima comunemente ricevuta dalla dottrina sotto il codice Francese che i figli illegittimi dovessero necessariamente considerarsi come costituiti in istato di tutela fin dal momento della loro nascita (2). Vi era però anche qualche autorevole opinione in contrario; reputandosi che fino a quando esistessero i genitori naturali od anche un solo di essi, spettandogli la patria potestà sul figlio legalmente riconosciuto, l'esercizio di tale potestà dovesse estendersi anche all'amministrazione dei beni — pel caso non frequente che il figlio ne avesse — e divenisse quindi inutile, epperò non fosse ammissibile la tutela (3).

La questione poteva essere disputabile in ordine al codice Francese, meno esatto del nostro nel definire i limiti della patria potestà e della tutela. Ma quanto a noi, non pare che la massima preaccennata possa soffrire gravi dubbi.

Se si tratti di figli adulterini od incestuosi, essi non sono soggetti ad alcuna autorità dei genitori, nè per titolo di patria potestà, nè di tutela legale (4); il che posto ne

(1) V. vol. VII, n. 239, pag. 614.

(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 381; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 87, n. 3.

(3) V. Laurent, t. IV, n[i] 359, 413.

(4) V. vol. VI, parte II, n. 90, pag. 26.

deriva dunque per necessità che quei figli si trovino fino dalla nascita in istato di tutela.

Se poi anche si tratti di *figli naturali*, essi sono bensì sottoposti all'autorità dei genitori da cui siano stati legalmente riconosciuti, o di cui siano stati giudizialmente dichiarati figli; ma per semplice titolo di *tutela legale*, e non di patria potestà (art. 184 cod. civ.), sebbene a questa specialità di tutela legale debbano applicarsi, per espressa disposizione del predetto articolo 184, molte delle regole proprie della patria potestà civile (1). Di queste massime cercammo di dare nei luoghi citati una sufficiente dimostrazione, alla quale ci limitiamo qui a riferirci.

CAPO II.

Della tutela.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 10. Definizione: la tutela dei minori e quella degli interdetti sono regolate colle stesse norme. — 11. La tutela è un uffizio civile d'ordine pubblico; ma non è un uffizio pubblico nello stretto senso. Conseguenze di questi principii. — 12. La tutela è un uffizio obbligatorio e gratuito. — 13. È deferita per legge, o per disposizione dell'uomo autorizzata dalla legge. Distinzione conseguente di tre diverse specie di tutela. — 14. Se la tutela possa essere deferita a termine o sotto condizione. — 15. La tutela non può essere deferita a più tutori. Applicazioni di questa massima. — 16. Uffici speciali compresi nella tutela. — 17. Poteri distinti che ne costituiscono la organizzazione. — 18. Per quali cause si verifichi l'aprimento della tutela. — 19. Confronti tra l'ufficio di tutela generale e permanente, e la tutela speciale, quella temporanea, e la cura, ammesse per certi casi della legge. — 20. Tutela di diritto e tutela di fatto.

10. La tutela è un uffizio civile, obbligatorio e gratuito, deferito per legge, o in virtù di essa per disposizione dell'uomo, ad una persona, affinchè abbia cura di chi sia incapace per minore età o per interdizione, lo rappresenti negli atti civili e ne amministri i beni.

(1) V. vol. VI, parte II, n. 154-154 *bis* VI, pag. 453 e seguenti.

In tale definizione abbiam creduto di comprendere tutti i principali caratteri distintivi di questo istituto giuridico; intorno a ciascuno dei quali ci proponiamo di fare, nel seguito di queste nozioni preliminari, qualche particolare osservazione.

Intanto gioverà avvertire che quanto diremo a spiegazione di questo Capo del nostro codice, e le disposizioni tutte in esso contenute sono applicabili in generale indifferentemente tanto alla tutela dei minori quanto a quella degli interdetti, o si tratti in quest'ultimo caso d'interdizione giudiziale, o d'interdizione legale dipendente da condanna penale; salve però le eccezioni espresse risultanti dalle disposizioni del codice nel Capo *della interdizione*, in cui vedremo stabilite alcune norme speciali, derogatorie a quelle comuni per ogni tutela, per ciò principalmente che riguarda il deferimento di essa, ed anche per qualche particolare rapporto concernente l'amministrazione. Ma riservate queste eccezioni, le quali per ciò stesso debbono tenersi rigorosamente ristrette alle espresse disposizioni della legge, sono nel resto applicabili anche alla tutela degl'interdetti giudizialmente o legalmente le regole stesse che sono stabilite per quella dei minori.

Infatti, sebbene il codice tratti dapprima della tutela in relazione alla minore età, dichiara poi nell'art. 329 che:

" L'interdetto è in istato di tutela.

" Le *disposizioni relative alla tutela dei minori sono* " *comuni alla tutela degli interdetti* „. E nell'articolo 11 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale è detto: " Nei casi preveduti dall'art. 33 codice penale il pubblico " ministero incaricato di promuovere l'esecuzione della " sentenza di condanna, provoca, entro due mesi dalla " sentenza stessa, trasmettendone copia al pretore compe- " tente, i provvedimenti di tutela e di cura che siano ne- " cessarî „. Nell'art. 33 del cod. pen. è disposto poi: " Il " condannato all'ergastolo o alla reclusione per un tempo " maggiore dei cinque anni è, durante la pena, in istato

" d'interdizione legale; e gli si applicano per l'amministra-
" zione dei beni, le disposizioni della legge civile sugli
" interdetti.... „.

La proposizione indicata sopra è dunque senza ombra di dubbio pienamente giustificata dalle disposizioni testuali della nostra legislazione.

11. La dottrina suole enunciare come massima comunemente accettata che la tutela sia una *istituzione di diritto pubblico;* e questo concetto sarebbe vero nel senso che le disposizioni legislative concernenti la tutela sono *d'ordine pubblico*, come tutte quelle, in generale, che riguardano lo *stato delle persone*, e a maggior ragione se, come nel caso presente, hanno per fine, la *protezione degl' incapaci* (1).

Ma d'altra parte quella proposizione sarebbe erronea intendendola nel senso che le leggi sulla tutela facessero veramente parte del diritto pubblico dello Stato, e che fosse un vero uffizio pubblico quello del tutore. È troppo evidente, che quelle leggi appartengono esclusivamente al diritto civile propriamente e strettamente tale; e che è un *uffizio d'interesse privato* quello del tutore, il cui scopo principale e diretto consiste nell'aver cura d'una persona incapace, rappresentarla e amministrarne i beni. Sotto questo aspetto la suaccennata teoria fu confutata da un illustre scrittore, il quale accennò anche come essa sia derivata per tradizione dal diritto consuetudinario francese, in cui ogni tutela essendo *dativa*, e conferita dall'autorità giudiziaria, eravi in ciò uno speciale motivo per considerarla come un *uffizio pubblico* (2).

Perciò dicemmo nella definizione che la tutela è un *uffizio civile*, ed ora possiamo aggiungere *d'ordine pubblico;* ma non dicemmo, nè può ammettersi che sia un *pubblico uffizio* nel vero e stretto senso di questa espressione.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 30.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 366, pag. 477.

Da ciascuna delle predette proposizioni derivano conseguenze di non lieve importanza. Le leggi sulla tutela non facendo veramente parte del diritto pubblico, ne segue che esse possano applicarsi anche a profitto d'uno straniero; pel quale debbonsi di certo osservare esclusivamente le leggi della nazione a cui appartenga, per determinarne lo stato, e riconoscere se sia in condizione di capacità o di incapacità civile; ma se a tenore di quelle leggi sia incapace e debba essere sottoposto a tutela, e, trovandosi nello Stato nostro, manchi di chi provveda alla sua persona ed ai suoi interessi, potrà essere provveduto frattanto di tutore a norma delle nostre leggi civili, al benefizio delle quali è ammesso egli pure secondo l'articolo 3 del nostro codice.

La tutela non essendo un vero *ufficio pubblico*, ne segue dunque eziandio che possa esserne rivestito anche uno straniero; come dimostrammo in altro scritto (1).

Ma d'altra parte questo ufficio civile della tutela è indubbiamente d'ordine pubblico, d'interesse generale. E da ciò discende, in primo luogo, che esso sia *obbligatorio e gratuito*, come vedremo più ampiamente nel numero successivo. Inoltre vi sono altre conseguenze, che derivano dallo stesso principio. Alle leggi risguardanti l'ordine pubblico non potendosi derogare che in virtù d'altre disposizioni legislative, e tale appunto essendo il carattere di tutte le norme concernenti la tutela, è certo dunque ch'esse non potrebbero essere in veruna guisa modificate per disposizione di privati, nè dell'autorità giudiziaria. Così al genitore che avesse nominato un tutore testamentario al figlio, al consiglio di famiglia che avesse conferito l'ufficio ad un tutore dativo, non sarebbe lecito di sottoporre quel tutore a norme diverse da quelle stabilite dalla legge; sia poi ampliando o restringendo le cautele da questa prescritte per guarentìa degl'interessi dell'amministrato; sia vinco-

(1) V. *Corso elementare di codice civile,* vol. I, n. 221, pag. 369, 370; Parma, ed. Grazioli, 1869.

lando l'esercizio della tutela a norme e forme abilitanti più rigorose, o al contrario dispensandolo in tutto od in parte dall'osservanza di tali prescrizioni e formalità; sia stabilendo cause speciali di rimozione dalla tutela non contemplate dalla legge, od ordinando all'opposto che certe cause legali d'incapacità, esclusione o rimozione non dovessero avere effetto; sia dettando norme diverse intorno al rendimento dei conti da darsi quando sia finita l'amministrazione. E nessuna derogazione simile alle disposizioni della legge potrebbe neppur farsi dall'autorità giudiziaria; la quale, usando un potere discrezionale che non le fu attribuito in questa materia, che il legislatore regolò con disposizioni particolari e precise, commetterebbe un arbitrio e violerebbe manifestamente la legge.

12. Dal principio che l'ufficio della tutela è d'interesse generale, d'ordine pubblico, abbiam dedotto ch'esso debba essere *obbligatorio* e *gratuito*. E infatti questi due caratteri dell'ufficio tutorio — oltrechè furono esplicitamente proclamati nella relazione con cui fu presentato il progetto del codice al Senato — risultano poi ad evidenza da disposizioni testuali del codice stesso.

Il Ministro diceva che la tutela è un ufficio di regola *obbligatorio, è sempre gratuito* (1). E con questo concetto concordano gli articoli 272 al 276 del codice civile.

La legge determina con precise disposizioni le cause per le quali si è di diritto, o si può essere dispensato, per deliberazione del consiglio di famiglia, dall'ufficio di tutela. La necessità stessa di ottenerne dispensa per una delle cause determinate dalla legge dimostra dunque, in via di regola generale, che quell'ufficio è obbligatorio. Tuttavia, oltre alle cause speciali che secondo le citate disposizioni disobbligano senz'altro chi sarebbe chiamato all'ufficio di tutela, o fanno luogo al diritto di chiederne la dispensa al

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 26.

consiglio di famiglia, la legge nostra ha ammesso che qualora il tutore rassegni il proprio mandato, e il consiglio di famiglia reputi che ciò torni a bene pel minore, possa il tutore essere in ogni tempo dispensato dall'uffizio (art. 276 cod. civ.). Ecco dunque come l'uffizio di tutela *sia di regola obbligatorio*, quantunque eccezionalmente e per le cause determinate dalla legge se ne possa talvolta esimere chi dovrebbe esserne investito.

Quanto all'altro principio — enunciato nella sua relazione dal Ministro che presentò il progetto di codice — che l'uffizio di tutela debba essere *sempre gratuito*, qualche commentatore ha creduto di potervi apportare una limitazione, dicendo che " tanto il testatore quanto il " consiglio di famiglia possono assegnare al tutore qualche " onorario, attesa la gravezza dell'onere e il danno che " può cagionargli l'adempimento degli uffizi tutelari " (1).

Ci sembra questa un'applicazione alquanto ardita dell'opinione di coloro i quali pensano " che l'obbligo del tu-" tore di compiere gratuitamente l'uffizio non sia nè giusto, " nè conveniente all'interesse stesso dei minori " (2).

Non entreremo qui a discutere queste considerazioni di diritto costituendo — quantunque reputiamo che altre e ben gravi se ne possano opporre in senso contrario — ma stando, come dobbiamo, al diritto costituito, ci sembra chiara l'inammissibilità della ricordata massima.

La tutela è un mandato conferito dalla legge al tutore, affinchè abbia cura della persona del tutelato, lo rappresenti negli atti civili e ne amministri i beni. Ora ogni mandato è naturalmente gratuito, se non vi sia in contrario un patto nel mandato convenzionale, o una disposizione della legge nel mandato legale. Per ammettere adunque che il mandato del tutore potesse essere retribuito, sarebbe necessario trovare appoggio ad una tal massima in qualche

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, § 563.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 220, n. 1.

testo legislativo. Ma, ben lungi da ciò, v'è anzi una disposizione del codice che offre un forte argomento in contrario, come ora vedremo; di certo poi non vi è cenno neppur lontano di facoltà che si conceda a chi nomini il tutore od al consiglio di famiglia, di ordinare che il tutore medesimo sia retribuito. E ciò posto vi è bisogno di dire che l'attribuire una tale facoltà non può essere ufficio dell'interprete, e che ciò sarebbe un arbitrio inconciliabile coi più fondamentali principii?

Ma dicemmo anche esservi una disposizione testuale che favorisce l'opinione nostra; ed è nell'art. 295, ove è stabilito che " il consiglio di famiglia, se circostanze partico- " lari lo richiedano, può autorizzare il tutore a farsi coa- " diuvare nell'amministrazione, sotto la sua responsabilità, " da una o più persone stipendiate ".

Ecco dunque l'unico caso, espressamente determinato dalla legge, in cui per la gestione tutelare possa iscriversi nel passivo dell'amministrazione uno stipendio; e questo non già pel tutore — il cui ufficio, prossimo in dignità a quello del padre di famiglia, si volle opportunamente, ad avviso nostro, mantenere in una sfera tanto elevata da non potersi ridurre il tutore alla condizione d'un agente salariato — ma per quelle persone subalterne che il tutore stesso, autorizzatovi dal consiglio di famiglia, assuma a propria scelta e sotto la propria responsabilità, per farsi coadiuvare nella gestione. E ciò stesso costituisce, com'è manifesto, un provvido temperamento a ciò che potesse riscontrarsi di men giusto e di men conveniente per l'interesse medesimo dell'amministrato nell'obbligare il tutore ad esercitare gratuitamente l'ufficio suo; imperocchè se l'indole, la gravità e la moltiplicità degli affari dell'amministrazione sia tale da richiedere troppe cure e troppo tempo perchè possa bastarvi l'opera sola del tutore senza ch'egli abbia a soffrirne danno, sarà caso allora in cui egli potrà invocare il benefizio dell'art. 295, e portare a carico del patrimonio dell'amministrato la somma annua che

possa abbisognare, non per indennizzare sè, ma per retribuire le persone da cui si farà coadiuvare.

Sembra perciò che la disposizione del testatore o la deliberazione del consiglio di famiglia, con cui si assegnasse al tutore un onorario, dovrebbe considerarsi come nulla perchè contraria alla legge.

13. L'ufficio di tutore può essere deferito per diretta disposizione della legge, o in virtù di facoltà datane da essa, per disposizione dell'uomo. Nel primo caso la tutela si dice *legittima;* nel secondo prende la denominazione generica di *dativa.* Questa poi può essere deferita per atto d'ultima volontà dalle persone a cui la legge ne attribuisce il potere, ed allora dicesi *testamentaria;* o mancando questa e la legittima, è deferita dal consiglio di famiglia o di tutela, e in tal caso è propriamente detta *dativa.*

In diritto francese eravi una specie particolare di tutela legittima, la quale aveva una precedenza naturale anche sulla testamentaria; ed era quella che, in caso di scioglimento del matrimonio, era deferita dalla legge al genitore superstite; dopo questa veniva la *testamentaria*, che poteva essere deferita dall'ultimo superstite dei genitori; in mancanza di questa ancora subentrava l'altra specie di *tutela legittima*, deferita agli ulteriori ascendenti; in difetto di tutte le altre era ultima la *tutela dativa* deferita dal consiglio di famiglia.

Abolito nel nostro codice il sistema che trasformava la patria potestà in semplice tutela allo sciogliersi del matrimonio; ritenuto invece che il genitore superstite, sia poi il padre o la madre, continui ad esercitare la patria potestà (art. 220, § ult., cod. civ.), e possa nominare per atto notarile o per testamento un tutore al figlio (art. 242 codice civile), scomparve affatto la tutela legittima della prima specie sopra indicata, rimanendo soltanto quella che spetta all'avo paterno, e in sua mancanza all'avo materno; e ne segue tra le diverse specie di tutela l'ordine naturale, che

dà la prevalenza alla testamentaria, in mancanza di essa fa succedere la legittima, ed assegna sussidiariamente l'ultimo posto alla dativa (art. 242, 244, 245 cod. civ.).

14. Per la tutela che non sia deferita per virtù diretta della disposizione della legge, ma per disposizione dell'ultimo defunto dei genitori, o per nomina fatta dal consiglio di famiglia o di tutela — in altri termini, per la tutela *dativa*, nel significato più generico di questa parola — sorse una controversia vivamente dibattuta sotto il codice Francese, e che ha lasciate divise le opinioni anche tra gl'interpreti del codice Italiano: intorno allo stabilire se la nomina del tutore debba essere fatta in modo puro e semplice, o possa farsi anche a termine o sotto condizione.

Per maggiore chiarezza della questione sarà bene premettere in quali diversi aspetti la nomina d'un tutore potrebb'essere fatta in modo non puro e semplice.

A quella nomina potrebbe aggiungersi un *termine;* sicchè l'esercizio della tutela non avesse a cominciare che dopo un certo tempo — *ex certo tempore* — o alla scadenza del termine dovesse cessare quell'esercizio da parte della persona nominata — *ad certum tempus.*

Potrebb'essere anche subordinata la nomina ad una *condizione:* e questa sarebbe *sospensiva*, se dal verificarsi d'un determinato avvenimento futuro ed incerto si facesse dipendere l'entrare della persona nominata nell'esercizio della tutela — *tutor datus sub conditione* —; sarebbe *risolutiva* se dall'avverarsi di quell'avvenimento si facesse dipendere *la cessazione* dell'esercizio medesimo — *tutor datus usque ad conditionem.* La condizione potrebbe anche consistere nel futuro acquisto della capacità da parte della persona a cui si volesse conferire l'ufficio di tutore; come quando si nominasse un minore pel tempo in cui diverrà maggiorenne.

Potrebbe darsi poi che il disponente avesse provveduto per tutto il tempo della tutela — come quando avesse ordi-

nato che questa dovesse esercitarsi per un certo tempo da uno, e dopo da un altro, o dal primo finchè il secondo non fosse divenuto capace dell'ufficio di tutore — o che si fosse limitato alla nomina di colui che dovesse esercitare la tutela solo a partire da un dato momento o fino alla scadenza d'un termine prefisso, o solo quando si fosse avverata una determinata condizione, o fino a quando questo avvenimento futuro ed incerto non si fosse verificato.

È per questi diversi casi che bisogna rispondere alla domanda: la nomina del tutore, fatta a termine o sotto condizione, è valida o nulla?

Tutti sono d'accordo nell'ammettere che la nomina del tutore fatta dal consiglio di famiglia o di tutela non possa essere che pura e semplice; la differenza di opinioni si limita al caso della *tutela testamentaria*.

Il *Toullier* parlava del caso speciale che il testatore avesse provveduto *per tutto il tempo della tutela* — ordinando, per esempio, che dei figli suoi fosse tutore Tizio per 10 anni, e dopo ne fosse tutore Mevio, ovvero che Tizio esercitasse la tutela fino al ritorno di Mevio, al quale allora dovesse essa passare —; e fondandosi sulle leggi romane (L. 8, § 1, 2, L. 11 ff. *de testamentaria tutela*, Dig., XXVI, 2); Inst. *qui testam. tut. dari possunt*, § 3, I, 14), e considerando che nulla di contrario ai principii stabiliti da quelle leggi si contenesse nel diritto francese, insegnava esser valide tali disposizioni testamentarie (1).

Il *Duranton* estendeva la stessa massima anche al caso in cui il testatore non avesse provveduto colla sua disposizione per tutto il tempo della tutela, ma si fosse limitato a nominare un tutore affinchè esercitasse la tutela a partire da un certo tempo, o fino alla scadenza d'un termine stabilito, o lo avesse eletto sotto una condizione sospensiva o risolutiva. E invero a ciò si prestavano le leggi romane, dalle quali anche il *Toullier* aveva tratto argomento; e il

(1) V. Toullier, t. II, n. 1105.

Duranton si appoggiava inoltre al principio che nelle disposizioni testamentarie la volontà del defunto debba essere osservata semprechè non sia contraria alle leggi nè alla morale, e affermava non potersi riguardare come contrario alle leggi il termine o la condizione che il testatore avesse apposto alla nomina del tutore (1).

Il *Chardon* consentiva pienamente nella stessa massima pel caso supposto dal *Toullier;* ma quando il testatore non avesse provveduto per tutto il tempo della tutela, distingueva: ritenendo valida la nomina del tutore fatta a termine o sotto condizione purchè l'esercizio della tutela fosse limitato, in virtù della disposizione testamentaria, *ad certum tempus*, o la condizione fosse *risolutiva;* e nulla all'opposto la nomina del tutore, l'esercizio del cui ufficio dovesse essere *ex certo tempore*, o che fosse sottoposta ad una *condizione sospensiva* (2).

Ma la dottrina si è più recentemente cambiata, essendo stato insegnato da qualche autore che il tutore non possa, di regola, essere nominato a tempo nè sotto condizione; ma che tuttavia, non essendo ciò vietato assolutamente da un testo espresso di legge, e perciò non potendosi nel silenzio di essa prender norma da altro che dall'interesse del tutelato, debbasi riguardare come spettante intorno a ciò un potere discrezionale all'autorità giudiziaria, la quale possa anche dichiarar valida la nomina d'un tutore fatta a termine o sotto condizione dal genitore del tutelato stesso (3). Altri infine hanno professata assolutamente la massima che la nomina d'un tutore testamentario, fatta a termine o sotto condizione, debba considerarsi come nulla, e lasci luogo perciò alla tutela dativa (4).

Anche sotto il codice nostro le opinioni dei commentatori non sono concordi in questo argomento.

(1) V. Duranton, t. III, n. 439.
(2) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, 3me partie, n, 31, 32.
(3) V. Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 89, nota 4, n. 5.
(4) V. Demolombe, t. VII, n. 226-230; Laurent, t. IV, n. 370.

Il *Borsari* osserva, prima di tutto che “ la nomina sotto “ condizione, *in quanto sia verificabile al momento della morte*, “ è senza dubbio ammissibile „. E ciò infatti non può essere contestato. Se il testatore subordina la nomina che egli fa d'un tutore pel proprio figlio *al verificarsi d'un determinato avvenimento nel tempo in cui la tutela si aprirà*, è troppo chiaro che ciò non può produrre alcuna alterazione nel sistema tutelare. Se l'avvenimento contemplato si sarà verificato al momento della morte del testatore, la tutela testamentaria avrà luogo e continuerà normalmente per tutta la sua durata ordinaria; se al contrario quell'avvenimento sarà mancato, la tutela testamentaria non avrà luogo affatto, e le subentrerà la legittima, e in mancanza di questa la dativa, per continuare inalterata sino alla fine. Che cosa vi è qui di abnorme, di opposto alle regole ordinarie della tutela? Aggiungasi che ogni disposizione d'ultima volontà reputandosi come fatta nell'ultimo istante di vita del disponente, e supponendosi verificata in quel momento la condizione apposta dal testatore, la nomina del tutore assume in realtà il carattere di pura e semplice, piuttostochè di condizionale.

L'autore pensa altresì non potersi negare la validità della nomina fatta *ad certum tempus* o sotto *condizione risolutiva;* e quantunque riconosca più grave la questione rispetto alla *condizione sospensiva*, la risolve però, in generale, nel medesimo senso, allegando che nulla vi sia di contrario alla legge nè di strano in una disposizione per la quale all'aprirsi della tutela debbasi intanto provvedervi colla nomina d'un *tutore dativo*, salvo che questi debba poi cedere il luogo al tutore testamentario qualora si verifichi la condizione contemplata dal testatore.

Dove l'autore trova più forte il dubbio, è pel caso che sia nominato tutore per testamento uno, che al tempo della morte del disponente si trovi in istato d'incapacità relativa ad assumere la tutela, sotto la condizione espressa o tacita che costui acquisti durante la tutela stessa la

necessaria capacità. E nondimeno risolve ancora la questione ritenendo valida quella nomina: perchè — a suo avviso — nulla vi è di contrario ad alcun testo di legge, nè ai principii direttivi del sistema della tutela. Senonchè finisce poi coll'ammettere che in ogni caso spetti all'autorità giudiziaria un potere moderatore, in virtù di cui possa correggere la disposizione, sebbene per sè valida, del testatore secondochè consiglino gl'interessi del tutelato (1).

Altri scrittori nostri si sono schierati contro questa opinione, ritenendo indispensabile che la nomina del tutore testamentario, come quella del tutore dativo, sia *pura e semplice* (2); ed è questa la massima che sembra meglio fondata.

Comincieremo dall'avvertire che non vi sarebbe, a veder nostro, ragione sufficiente per ammettere la distinzione tra la tutela testamentaria e la dativa, ritenendo che la prima potesse essere deferita anche a termine o sotto condizione, mentre l'altra dovesse conferirsi puramente e semplicemente. Gli autori che l'hanno accolta seguirono in ciò la tradizione del diritto romano. Ma le ragioni che si adducevano per giustificare questa differenza non sono applicabili nel diritto nostro. Dicevasi che il magistrato dando il tutore compieva un *atto legittimo*, il quale non poteva farsi a termine, nè sotto condizione: e il *Demolombe* osserva giustamente che “ questa ragione non sarebbe “ neppure intelligibile nel diritto odierno „ (3). Aggiungevasi dovere il magistrato, per ufficio suo, provvedere tosto in modo conveniente e definitivo alla tutela dei pupilli; essere d'ordine pubblico che i giudizi del Magistrato non rimanessero in sospeso, e ch'esso non potesse fare una nomina meno idonea, supplendovi temporariamente

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 242-243, vol. I, § 561, pag. 882, 884.

(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 223; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, § 564 in fine e nota 2; Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. I, § 384, pag. 492, 493.

(3) V. Demolombe, l. c., n. 227.

con un'altra. Or tutto questo poteva convenire perfettamente alla forma della tutela dativa secondo il diritto romano, dove era per decisione del magistrato che veniva dato il tutore; ma non è a dirsi altrettanto nel sistema attuale. Il consiglio di famiglia, che nomina il tutore dativo, agisce per mandato conferitogli dalla legge nell'interesse dell'incapace; mandato che non differisce per lo scopo e per l'indole sua da quello che la legge attribuisce similmente al genitore che esercita per ultimo la patria potestà. E se non vi è testo di legge che vieti espressamente al genitore di provvedere alla tutela del figlio colla nomina d'un tutore a tempo o sotto condizione, non ve n'è nemmeno pel consiglio di famiglia: e se fosse vero che non ostassero a ciò i principii generali concernenti l'ordinamento della tutela, essi non potrebbero fare ostacolo neppure nel caso che la nomina del tutore fosse fatta dal consiglio di famiglia. Si adduce che il genitore può avere buone ragioni per non nominare un tutore al figlio se non a termine o sotto condizione. Ma se tali ragioni sussistono, perchè non varrebbero pel consiglio di famiglia come pel genitore? Esse non possono ispirarsi ad altro che all'interesse del tutelando; e questo interesse dev'essere curato e protetto non meno dal consiglio di famiglia che dal genitore esercente la patria potestà. Come mai dunque le identiche considerazioni, per le quali sarebbe lecito a quest'ultimo di nominare un tutore a tempo o sotto condizione, non permetterebbero altrettanto al primo?

Nessuna influenza è parimente attribuibile alla distinzione tra il caso in cui la condizione apposta alla nomina del tutore consista nell'acquisto futuro della capacità di cui egli manchi attualmente, o consista in tutt'altro avvenimento. Sì nell'un caso che nell'altro tutto dipende dal vedere se una qualunque condizione apposta frattanto alla nomina del tutore — tenendo in sospeso l'assunzione dell'ufficio da parte di lui, e rendendo perciò necessaria la nomina d'altro tutore, il quale poi debba cessare al verifi-

carsi della condizione — sia o no contraria ai principii d'ordine pubblico che sono adottati dalla legge come fondamentali nel sistema della tutela; e posto che sia da ritenersi l'affermativa, come crediamo di poter dimostrare, deve seguirne indistintamente la nullità dell'apposta condizione, consista poi questa nel futuro acquisto di capacità per parte del nominato, od in qualunque evento estraneo.

In fine, non sembra neppur decisivo il distinguere se il testatore, facendo una nomina di tutore a tempo o sotto condizione, abbia tuttavia provveduto, o no, per tutto il tempo della tutela. Certo, se non lo ha fatto e si è limitato a nominare un tutore, il quale non eserciterebbe il suo ufficio che per una parte del tempo della tutela, sarà più facile il dimostrare che ciò sia in opposizione ai principii posti dalla legge a base di questa istituzione nell'interesse del tutelato. Ma se il conferimento temporaneo o condizionale della tutela è per sè stesso contrario a quei principii, non potrà sicuramente giovare ad assicurarne la validità il fatto d'avere il testatore provveduto altrimenti pel tempo in cui la tutela non potrebb'essere esercitata dalla persona da lui nominata.

Così pertanto la questione è ormai ridotta ai suoi più semplici termini. Non avendo la legge proibito espressamente di nominare un tutore a tempo o sotto condizione, è però questo in opposizione coi principii fondamentali della tutela, sicchè debba, non ostante il silenzio della legge, reputarsi illecita quella modalità nella nomina?

Ci occuperemo di tale quesito nei due diversi aspetti, d'un termine o d'una condizione che riguardi il cominciare o il cessare dell'ufficio del tutore; e per tal modo verremo anche a stabilire se abbia fondamento l'altra distinzione proposta dal *Chardon*, e sopra riferita.

Supponiamo dunque da prima che il genitore abbia destinato al proprio figlio un tutore, che debba entrare immediatamente in funzione, ma debba poi cessarne allo spirare d'un certo tempo o al verificarsi d'una data con-

dizione. Per sostenere la validità di tale disposizione, si osserva ch'essa non è vietata da un testo espresso di legge; e ciò è vero, ma non basta. Si afferma però che non è neppure in opposizione coi principii fondamentali della tutela; e ciò sarebbe decisivo, ma resta a vedersi se sia vero. L'ultimo dei genitori che muore, nel dare un tutore al figlio, agisce per un mandato della legge, come agisce il consiglio di famiglia nel nominare un tutore dativo; solamente l'esercizio di quel mandato è facoltativo nel primo caso, necessario nel secondo. Il tutore nominato dall'uno o dall'altro tiene il suo ufficio dalla legge più che da chi in virtù di essa ha potuto investirnelo. Tutto ciò pertanto che può riguardare la tutela conferita da chi ne ha diritto, sia in ordine all'esercizio di essa, sia rispetto alle cause per le quali debba cessare, rimane subordinato unicamente alle disposizioni della legge. La quale avendo effettivamente determinato essa stessa le cause di estinzione, sia assoluta, sia relativa, della tutela, ha quindi preclusa la via ad ogni arbitrio su questo proposito per parte delle persone a cui è attribuita la scelta del tutore. Da ciò si scorge quanto poco esatta sia l'osservazione del *Chardon*, quando afferma che nel caso in cui il testatore avesse stabilito doversi sostituire un tutore dativo a quello da lui nominato, qualora questi abbandonasse il paese, *accadrebbe lo stesso come se il tutore testamentario fosse morto prima che finisse la gestione*. Tra i due casi vi è questa grande differenza, che nel primo di essi non vi è una causa necessaria e legale di cessazione relativa della tutela, come nel secondo; ma la tutela finirebbe rispetto alla persona nominata dal testatore per una causa dipendente unicamente dalla volontà di lui ed affatto estranea a quelle che sono stabilite dalla legge.

Ecco dunque come ci sembri che la disposizione per la quale la tutela, conferita dal genitore o dal consiglio di famiglia, non dovesse durare che fino alla scadenza d'un certo termine od al verificarsi d'una data condizione, sa-

rebbe contraria, se non ad un testo espresso di legge, certo però ai principii fondamentali della tutela; perchè questa, quand'anche sia conferita dalle persone delegate a tal uopo dalla legge, rimane per tutto il resto subordinata unicamente alle disposizioni della legge stessa, epperò l'aggiungere alle cause legali di cessazione della tutela un'altra causa dipendente dalla volontà del disponente — come sarebbe appunto un termine od una condizione da esso apposta — riuscirebbe in manifesta opposizione coi principii.

Ma — si obbietta — l'apposizione di quel termine o di quella condizione può essere ragionevole, può essere pienamente conforme all'interesse del tutelato; e il volere che la persona nominata continui nell'ufficio non ostante la scadenza del termine o il verificarsi della condizione, per cui secondo la volontà del disponente avrebbe dovuto cessarne, o l'escludere affatto quella persona siccome nominata illegalmente, può produrre gravi inconvenienti pel tutelato.

Questa considerazione, se mai, avrebbe potuto essere buona in diritto costituendo, per annoverare tra le cause, che dànno luogo alla cessazione dell'ufficio di tutore, anche lo spirare del termine o l'avveramento della condizione prefissa da chi avesse nominato il tutore; ma non avendolo fatto la legge, non è ammissibile che dipenda dalla volontà del genitore o del consiglio di famiglia il far cessare la tutela, nella persona che n'è investita, per una causa estranea a quelle che la legge medesima ha stabilite.

Veniamo all'altro caso, che la nomina del tutore sia stata fatta *ex die* o sotto una *condizione sospensiva*. L'inconciliabilità di tale disposizione coi principii regolatori della materia è ancor più manifesta. In pendenza del termine o della condizione, la tutela già aperta sarebbe necessariamente affidata ad un altro tutore o legittimo o dativo, il quale poi dovrebbe cessare per lasciar luogo al preferito, appena scadesse il termine o si verificasse la condizione.

Così l'ufficio di questo primo tutore verrebbe a finire senzachè si verificasse alcuna delle cause determinate dalla legge, e per effetto della volontà di chi non gli avea nemmeno conferito l'ufficio stesso. Ma supposto ancora che glielo avesse conferito — come nell'esempio già citato, che il genitore avesse ordinato doversi la tutela del figliuol suo esercitare per 10 anni da Tizio, e dopo da Mevio; oppure da Tizio fino al ritorno di Mevio, e dopo da quest'ultimo — sarebbe pur sempre vero che la prima tutela si farebbe cessare per una causa non ammessa dalla legge, e quindi arbitraria ed illecita.

Queste considerazioni giustificano, per quanto ci sembra, la massima che la nomina del tutore testamentario o dativo debba sempre essere pura e semplice; e dimostrano anche abbastanza, se non erriamo, l'inammissibilità del temperamento proposto da qualche autore, che attribuirebbe all'autorità giudiziaria la facoltà eccezionale di mantenere una nomina di tutore fatta a termine o sotto condizione. Se queste modalità, non prescritte da speciali ed espresse disposizioni di legge, non fossero nemmeno contrarie ai principii generali, sarebbero per sè stesse pienamente efficaci. Ma se sono, come lo crediamo, in manifesta opposizione alle regole fondamentali della tutela, come potrebbe convalidarle l'autorità giudiziaria? Forsechè è nel potere discrezionale di derogare alle leggi, apportando eccezioni ai principii da esse adottati? Nel senso sopra dimostrato era decisa espressamente la questione in alcuni dei codici anteriori (cod. Parmense, art. 166; cod. Estense, art. 203).

Al contrario il codice Austriaco (§ 256) ammetteva che il tutore potesse essere deputato dal testatore o dal giudice pupillare *soltanto per un certo tempo*, o *potesse essere escluso* all'*evenienza d'un caso determinato*.

In questo grave argomento resta ancora un punto da mettere in chiaro. Posto che la nomina d'un tutore testamentario o dativo debba essere pura e semplice, quale

sarà precisamente la conseguenza giuridica dell'avere, chi ha fatto la nomina, contravvenuto a quella massima, nominando il tutore *ex die* o *ad diem*, o sotto una *condizione sospensiva* o *risolutiva?* Sarà nulla soltanto la modalità, e si dovrà considerare come *non apposto il termine o la condizione?* O piuttosto si dovrà considerare come non avvenuta la nomina stessa del tutore?

Alcuni autori hanno professato la prima di queste opinioni quanto alla tutela testamentaria, pure ammettendo che nella dativa propriamente detta sarebbe nulla la nomina del tutore, alla quale il consiglio di famiglia avesse apposto un termine od una condizione (1); parendo ad essi che a quella conclusione conduca un argomento di analogia tratto dall'art. 849 del codice civile, dove è stabilito che nelle disposizioni testamentarie *si hanno per non apposte le condizioni contrarie alle leggi.* Altri ha negato questa pretesa analogia, e, per quanto sembra, con ottima ragione (2). La liberalità testamentaria, con cui taluno disponga delle proprie sostanze pel tempo in cui avrà cessato di vivere, non è al certo paragonabile alla nomina che altri faccia d'un tutore al proprio figlio. D'altra parte — per quanto l'art. 849 possa andar soggetto a critiche non infondate — è evidente lo spirito da cui esso è dominato, di sostenere quanto sia possibile l'efficacia delle disposizioni, colle quali il testatore ha voluto preferire ai proprii eredi legittimi quelli in cui favore egli ha disposto; e con questo spirito è spiegabile che si presuma conforme alla volontà del testatore il mantenerne la disposizione come pura e semplice, nonostante l'ineseguibilità della condizione ch'egli abbia apposta, perchè questa sia impossibile o contraria alla legge o al buon costume. Ma il presumere che il genitore avesse giudicato conveniente nel-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, § 564, n. 3; Buniva, op. cit., vol. II, pag. 223; Ricci, op. cit., vol. I, n. 384, pag. 493.
(2) V. Borsari, l. c., pag. 884.

l'interesse del proprio figlio il dargli a tutore in modo puro e semplice quello che gli aveva nominato soltanto a tempo o sotto una determinata condizione, sarebbe troppo evidentemente contrario alla realtà, troppo pericoloso all'interesse del tutelato. Il quale così rimarrebbe affidato al tutore testamentario anche in quel tempo o in quella condizione, in cui il genitore, che glielo destinava, non aveva voluto assoggettarglielo. Sembra pertanto che, non potendo valere il termine o la condizione apposta alla nomina, non possa neppur questa valere come pura e semplice; e la conseguenza sarà che debbasi considerare come non avvenuta la nomina del tutore testamentario, e ricorrere perciò alla tutela legittima od alla dativa.

15. Un altro principio fondamentale nell'ordinamento della tutela, secondo il diritto nostro, è la unicità dell'ufficio; che non può essere diviso tra più persone. In diritto romano era ammessa, com'è noto, la pluralità dei tutori; e tuttavia riconoscendosi che ciò poteva rendere più difficile e meno proficua pel pupillo l'amministrazione, spettava al pretore la cura di affidarla quando fosse possibile ad un solo tra i nominati dal testatore, convocandoli affinchè eleggessero quello fra loro che dovesse amministrare, o altrimenti designandolo il pretore stesso, e in ogni caso preferendo quello che desse cauzione; che se tutti volessero concorrere nella gestione, o dividerla tra loro, poteva il pretore permetterlo (1).

Nel codice Francese non era espressa la proibizione al superstite dei genitori od al consiglio di famiglia di nominare più tutori al minorenne. Nondimeno, poichè la legge parlava sempre *d'un tutore da eleggersi*, e poichè d'altra parte era ammesso negli articoli 396 e 417 di quel codice dover essere *contutore* della madre il secondo marito di lei,

(1) V. Inst., *De satisdatione tutorum*, § 1, 1, 24; L. 3, §§ 6-9, *De administratione et periculo tutorum*...; Dig., XXVI, 7.

e poter essere data ad un *protutore* l'amministrazione speciale dei beni che il minore domiciliato in Francia possedesse nelle colonie, o reciprocamente — le quali *eccezioni* presupponevano la regola contraria, che il tutore dovesse, in generale, essere un solo — questa regola era quindi ritenuta dall'opinione comune come certa (1); tanto più che i lavori preparatorii concordavano in questo senso, e che non era scritta nel codice nessuna regola per un'amministrazione comune tra più tutori, come pure sarebbe stato necessario se si fosse voluto ammettere la pluralità dei tutori. Delle altre legislazioni, che imperarono in Italia prima del codice attuale, alcune ritornarono ai principii del diritto romano, ammettendo, sì per la tutela legittima che per la testamentaria e la dativa, che potesse essere affidata a più tutori (cod. Parmense, art. 162, 163, 171, 176; codice Estense, art. 199, 200, 208); altre stabilirono la massima della unicità del tutore (codice Austriaco, §§ 190 e seg.; codice per le Due Sicilie, art. 319, 323-326; codice Albertino, art. 245, 248, 257-260).

Secondo il codice vigente non è possibile alcun dubbio a questo proposito. Per la stessa tutela legittima si è provveduto in modo che sia esercitata da un solo, non chiamandovi che l'*avo paterno*, e *in mancanza di questo l'avo materno* (art. 244 cod. civ.). Quanto alla tutela testamentaria e alla dativa in ispecie, è dichiarato nell'art. 246 che " *qualunque sia il numero dei figli, non può essere loro nominato che un solo tutore* ". E sebbene questa disposizione sia scritta a seguito immediato di quella che riguarda la tutela *dativa* propriamente detta, è però evidente dalla stessa generalità dei termini in cui è concepita che essa comprende anche la tutela testamentaria; come è confermato eziandio dalla espressione testuale dell'art. 242, che

(1) V. Toullier, t. III, n. 1123; Delvincourt, t. I, pag. 273; Duranton, t. III, n. 444; Aubry et Rau, t. I, § 89, n. 5, nota 6; Demolombe, t. VII, n. 220, 221; Laurent, t. IV, n. 369.

attribuisce a quello dei genitori che rimane superstite il diritto di nominare ai figli *un tutore*, parente od anche estraneo.

Nè invero può essere malagevole il discernere le ragioni che consigliavano a stabilire nell'interesse dei tutelati una tale massima. Maggiori difficoltà si opporrebbero al corso regolare di un'amministrazione che dovesse esercitarsi da più persone. L'attività degli uni potrebb'essere paralizzata dalla resistenza degli altri; la mancanza di accordo, che troppo spesso si verificherebbe nel regolare i più importanti affari, potrebbe compromettere gravemente e talora irreparabilmente l'interesse dell'amministrato; e si riprodurrebbe l'inconveniente solito a verificarsi negli uffici a cui partecipano più persone, che ognuna di esse contando sull'opera delle altre adempie con minor diligenza i proprii doveri.

E tanto s'informarono a questo concetto le disposizioni del codice nostro, tanto rigorosamente si volle stabilire il principio che la tutela dovesse conferirsi sempre ad un solo, che fu respinta perfino l'eccezione, ch'era stata proposta nel progetto ministeriale, pel caso in cui il tutelato domiciliato nel regno possedesse beni in paese estero. Il progetto ammetteva in tale ipotesi la nomina d'un tutore speciale per l'amministrazione di questi beni, a somiglianza di ciò ch'era disposto nell'art. 417 del codice Francese. Ma la Commissione del Senato cancellò questa disposizione, riguardando come contrario all'interesse del tutelato il dividere le cure e la responsabilità dell'amministrazione tra più persone; e reputò sufficiente provvedimento, pei casi, quali che fossero, in cui il tutore non potesse bastare da solo all'amministrazione del patrimonio, il dare facoltà al consiglio di famiglia — come fu fatto coll'articolo 295 — di “ *autorizzare il tutore a farsi coadiuvare, sotto la sua* “ *responsabilità, da una o più persone stipendiate* „.

Resta da risolvere un punto che non ha mancato di suscitare dissidio nelle opinioni degli autori.

Reputarono alcuni che se l'ultimo superstite dei genitori avesse nominati più tutori ai proprii figli, la nomina non dovesse riguardarsi come assolutamente nulla; ma questi tutori dovessero accordarsi nella scelta d'uno di loro per amministrare, e quando ciò non si ottenesse, spettasse al consiglio di famiglia il designare l'amministratore (1). Il *Duranton* però soggiungeva che in quest'ultimo caso l'amministratore prescelto dal consiglio di famiglia dovesse dare agli altri tutori una cauzione sufficiente per la propria gestione; ciò che era negato dal *Chardon*.

Altri, ammettendo che la pluralità dei tutori fosse assolutamente proibita dalla legge, dissero però che se i tutori nominati avessero formato accordo, destinando qualcuno di loro ad esercitare l'amministrazione sotto la responsabilità degli altri, e se il consiglio di famiglia avesse reputato utile per l'interesse del tutelato un tale accomodamento, questa organizzazione, sebbene non fosse normale, potesse mantenersi, senzachè fosse lecito a terze persone di opporvisi (2).

Una terza opinione ritenne come *essenziale alla tutela di essere deferita ad una sola persona;* e riguardò pertanto come assolutamente nulla la nomina di più tutori (3). Teniamo per vera quest'ultima dottrina. La facoltà di nominare tutori agli incapaci non emana che dal diritto positivo; e le regole da questo dettate intorno al conferimento di tale ufficio costituiscono i limiti del mandato che la legge dà in proposito all'ultimo superstite dei genitori od al consiglio di famiglia. I quali, se nel procedere alla nomina violano quelle regole, eccedono dunque i limiti del mandato legale in virtù del quale agiscono, epperò fanno un atto per cui non hanno facoltà legittima. Ora, poichè è voluto dal testo e dallo spirito della legge che

(1) V. Duranton, t. III, n. 444; Chardon, *Des trois puissances*, 3me partie, n. 33.

(2) V. Demolombe, t. VII, n. 223.

(3) V. Toullier, t. III, n. 1123; Laurent, t. IV, n. 369.

all'incapace non possa darsi che un solo tutore, la nomina di più è pertanto nulla, come ogni atto che sia compiuto invocando un mandato della legge senza averne da essa la facoltà.

Nè invero saprebbesi su qual base si potesse fissare la nomina sovra una delle persone designate dal testatore come egualmente rivestite del medesimo ufficio. Nè è possibile ammettere che l'accordo dei nominati valga a ripartire tra essi l'esercizio dell'ufficio tutorio, contro il voto espresso della legge, o ad investirne uno solo che agisca sotto la responsabilità degli altri: chè questo consenso sarebbe ad ogni modo contrario alla legge, la quale vuole assolutamente la unità, sia nella gestione, sia nella responsabilità tutoria; e d'altra parte il prescelto amministrerebbe per mandato conferitogli dagli altri nominati con lui, piuttostochè pel potere conferitogli dal testatore in virtù della legge; ciò che sarebbe ancora sotto altro aspetto in opposizione colla legge stessa.

Neppure è ammissibile che il consiglio di famiglia possa eleggere uno dei tutori testamentari ad amministrare anche per gli altri. I poteri del consiglio di famiglia sono definiti dal legislatore, nè possono varcare i confini da esso segnati. Certo è che, essendo nulla la nomina di più tutori testamentari, e qualora non si facesse luogo a tutela legittima, spetterebbe al consiglio di famiglia, a norma dell'art. 245 cod. civile, il procedere alla nomina di un tutore; e nulla impedirebbe di designare uno di quelli che fossero stati nominati dal testatore. Ma il prescelto diverrebbe allora *tutore dativo*, nè potrebbesi reputare investito dell'ufficio in virtù della disposizione del testatore; ond'è che se vi fosse l'avo paterno o materno dell'incapace, spetterebbe a uno di questi la tutela legittima, e il consiglio di famiglia non potrebbe preferire ad essi una delle persone nominate dal testatore.

Infine, non è esatto l'affermare che, accordandosi i contutori testamentari, e consentendo pure il consiglio di

famiglia, possa la tutela essere esercitata da tutti insieme, o da quelli ch'essi prescelgano per amministrare sotto la responsabilità degli altri; nè vale osservare che *nessuna terza persona avrebbe qualità per contestare una tale organizzazione della tutela.* Non ostante l'accordo delle persone nominate a contutori dal testatore, non ostante l'annuenza del consiglio di famiglia, che reputasse utile pel tutelato il lasciare luogo a tale organizzazione, quelle persone non sarebbero però *tutori di diritto*, ma semplicemente *di fatto;* e in ciò si avrebbe una differenza feconda di importanti conseguenze pratiche, come vedremo più oltre. Quanto poi al non potersi contestare da *terze persone*, è certo che, trattandosi di cosa d'ordine pubblico, chiunque potesse allegare un interesse legittimo avrebbe qualità per impugnare l'illegale composizione della tutela, e richiedere che fosse regolarizzata in conformità della legge. Che se poi anche niuno vi fosse che potesse allegare quell'interesse legittimo, non ne deriverebbe perciò che quella tutela, da nessuno oppugnata, fungesse legalmente; ma non sarebbe mai che una semplice *tutela di fatto*, nè potrebbe avere maggiori effetti di quelli che a tale amministrazione possono attribuirsi.

Che avverrebbe quando il testatore non avesse nominati più tutori, i quali dovessero partecipare ugualmente a tutti gli uffici della tutela, ma questi avesse distribuiti, assegnando ad uno di coloro che egli avesse nominati la cura della persona, all'altro l'amministrazione dei beni del tutelato? È ben chiaro, innanzi tutto, che sulla risposta da darsi a tale quesito non potrebbe esercitare veruna influenza la circostanza che il testatore avesse dato ad amendue i nominati la qualificazione di *tutori*, o quella di curatore a colui che egli avesse incaricato della sola amministrazione dei beni; non potendo essere la denominazione che il testatore abbia adoperata, ma la sostanza della disposizione quella che ne determini il carattere e l'efficacia giuridica.

Qualche autore ha insegnato che una simile organizzazione della tutela, quantunque non fosse assolutamente normale, potrebbe però essere mantenuta, se ciascuna delle persone nominate accettasse la parte di attribuzioni assegnatele; perchè nessuno avrebbe interesse legittimo a reclamare contro un provvedimento che potrebbe di fatto ridondare a vera utilità del tutelato (1). Altri ha combattuto questo concetto, osservando che le leggi sulla tutela sono d'ordine pubblico, e che pertanto non può ad esse derogarsi per nessuna disposizione privata; che dove la legge volle ammettere che dappresso alla tutela fosse luogo alla nomina d'un curatore speciale per l'amministrazione di certi beni o per la trattazione di certi affari dell'incapace, lo ha dichiarato espressamente, come nei casi di conflitto d'interessi tra più persone soggette alla stessa tutela, o dell'amministrazione di sostanze nelle quali il tutelato sia stato istituito erede; che fuori di tali casi non può dunque essere lecito di limitare i poteri attribuiti dalla legge al tutore, conferendo ad altri il governo dei beni di lui (2). Per queste ragioni converremmo nella massima che nè l'ultimo superstite dei genitori nè il consiglio di famiglia potesse dividere gli uffici tutorii tra più persone, affidando all'una la cura della persona incapace, all'altra l'amministrazione del patrimonio. Notiamo tuttavia che il genitore, istituendo erede il figlio, potrebbe *nominargli un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze che gli trasmette* — secondo la disposizione dell'art. 247 — e nominargli eziandio, giusta l'art. 242, un tutore per aver cura della persona di lui, rappresentarlo negli atti civili, ed amministrare gli altri beni che egli potesse avere. La prima di queste facoltà spetta, secondo

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 224; Borsari, *Comm.*, art. 242, vol. I, § 562, pag. 885.

(2) V. Laurent, t. IV, n. 369; Ricci, *Corso teorico-pratico di dir. civile*, vol. I, n. 383.

il testo della legge, “ *a chiunque istituisca erede un minore* „, nè certo può venir meno per la qualità, che abbia il disponente, di genitore del beneficato. D’altra parte questa qualità stessa attribuisce, in virtù dell’art. 242, il diritto distinto di *nominare un tutore al figlio;* e non v’è ragione perchè l’uno di questi diritti assorba od elimini l’altro.

Un altro caso fu immaginato, in cui l’ultimo superstite dei genitori, senza dividere gli uffici della tutela tra più persone, senza assegnare all’una la cura della persona, all’altra l’amministrazione dei beni del figlio, si fosse limitato a prescrivere condizioni per l’educazione del figlio stesso, designando una terza persona a cui il tutore dovesse affidarla. E sarebbe opinione di alcuni che una tale disposizione dovesse essere rispettata; allegando che nell’ordinamento della tutela tutto è diretto esclusivamente all’interesse dell’incapace, e che a ciò può essere rettamente preordinata la disposizione colla quale il genitore, nominando un tutore al figlio, abbia nello stesso tempo confidata l’educazione di lui ad una terza persona (1). Non sembra però che neppure questa opinione sia accettabile nel diritto nostro. Innanzi tutto fu giustamente osservato da un altro scrittore “ che se la tutela è indubbiamente “ organizzata nell’esclusivo interesse degli incapaci, è però “ alla legge sola che appartiene il decidere ciò che sia “ veramente di loro interesse „; ed il legislatore s’è infatti occupato di determinare ciò con molte e particolareggiate disposizioni. È ben vero poi che la disposizione, con la quale il genitore del minorenne abbia voluto obbligare il tutore che gli ha nominato ad affidarne l’educazione ad un’altra determinata persona, può essere ragionevolissima e perfettamente consentanea all’interesse del minorenne medesimo. Ma la nostra legge provvede abbastanza a ciò colla facoltà, che concede al consiglio di famiglia, di *deli-*

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 109, n. 2; Chardon, op. cit., n. 34; Aubry et Rau, t. I, § 89, n. 5, nota 8.

berare sul luogo in cui il minore debba essere allevato e sulla educazione che convenga dargli (art. 278 cod. civ.). Il tutore potrà dunque essere costretto con questo mezzo ad eseguire la disposizione data dal genitore, se il consiglio di famiglia la riconosca giusta e conveniente all'interesse del figlio. Ma ben altro sarebbe se quella disposizione del genitore fosse per sè medesima obbligatoria pel tutore, nonostante che potesse di fatto in alcuni casi essere anzi contraria al vero interesse del figlio. L'obbligatorietà assoluta di una tale disposizione riuscirebbe in sostanza a limitare i poteri del tutore: poteri ch'egli tiene sempre direttamente ed esclusivamente dalla legge, quando anche sia il genitore del minorenne che per delegazione della legge medesima gli abbia conferito l'ufficio. E quando la legge ha voluto concedere al padre di potere stabilire *condizioni per l'educazione del figlio*, lo ha dichiarato espressamente nell'articolo 235; ed anche allora ha permesso alla madre superstite, alla quale simili condizioni possono essere imposte, di chiederne la dispensa al consiglio di famiglia; affinchè non siano irreparabili, con danno del figlio, le disposizioni sconvenienti che il padre potesse aver date. La disposizione, colla quale il superstite dei genitori, nominando un tutore al figlio, avesse confidato l'educazione di questo ad una terza persona, non sarebbe dunque per sè obbligatoria, ma potrebb'essere resa tale soltanto per deliberazione del consiglio di famiglia, a norma del disposto dell'articolo 278 codice civile.

16. “ Il tutore ha la cura della persona del tutelato, “ lo rappresenta negli atti civili e ne amministra i beni „. In questa disposizione dell'art. 277 cod. civ., riguardante più specialmente i minori, ma estesa anche agli interdetti in virtù della massima generale stabilita nell'altro art. 329, si compendiano tutti gli uffici del tutore. Dei quali avremo a parlare più estesamente trattando *dell'esercizio della tutela;* ma intanto non sarà inopportuno qualche accenno

generale, per porre in chiaro i concetti fondamentali della istituzione.

È attribuita prima di tutto al tutore *la cura della persona* del tutelato; sicchè debba provvedere al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione di lui, a difenderlo contro ogni pericolo a cui possa essere esposto, sia per la stessa incapacità sua, sia per attentati altrui, alla cura delle infermità da cui sia afflitto.

Spetta al tutore di *rappresentare il tutelato negli atti civili;* e ciò senza distinzione della natura speciale di ciascuno di essi, fatta eccezione soltanto per quelli, i quali essendo strettissimamente ed esclusivamente personali, non ammettono di poter essere compiuti mediante la rappresentanza altrui. E, come notammo altra volta, la rappresentanza del tutelato per parte del tutore è generalmente, secondo il diritto nostro, assoluta e completa; cosicchè quando anche si tratti di un minore, che avrebbe capacità naturale a trattare gli affari proprii, il tutore non interviene soltanto per assisterlo ed integrarne la capacità giuridica, ma si sostituisce in certo modo per virtù della legge alla persona del tutelato, che rappresenta in forza del mandato generale di cui è rivestito a norma del predetto articolo 277. Rammentiamo per altro che ciò non avrebbe per effetto di rendere annullabili quegli atti o quei contratti, ai quali il minore naturalmente capace avesse prestato personalmente il consenso, qualora fosse pure intervenuto ed avesse consentito, adempiendo inoltre tutte le condizioni e forme abilitanti che fossero prescritte dalla legge, il legittimo rappresentante del minore stesso.

Spetta, infine, al tutore di *amministrare i beni* del tutelato; e ciò nel più lato senso, comprendendovi tanto gli atti di semplice amministrazione ordinaria, quanto quelli che la eccedano e rechino direttamente o indirettamente una disposizione dei beni; salvochè per quest'ultima categoria di atti è necessario, come vedremo a suo luogo, l'adempimento di certe formalità abilitanti, che, secondo

l'indole diversa che possono avere tali atti, sono stabilite dalla legge.

17. Attribuiti al tutore codesti uffici tanto importanti, e ritenuto che nell'esercizio di essi convenisse lasciargli una sufficiente libertà di azione, non sarebbe però stato prudente il dargliene troppa, svincolandolo da ogni soggezione ad autorità superiori, da ogni vigilanza, da ogni sindacato altrui. In un ufficio gratuito, quale è quello della tutela, sarebbe stato troppo facile che gl'interessi del tutelato fossero esposti a danni, i quali non sempre potrebbero essere abbastanza riparati mediante la responsabilità del tutore e la cauzione ch'egli generalmente è obbligato a prestare. Conveniva quindi aggiungere ai poteri del tutore, e per certi atti sovrapporne altri, che tutti cospirassero al maggior bene del tutelato.

Ordinando così la tutela, per ciò che riguarda i funzionari, dai quali avessero ad esserne esercitate le diverse attribuzioni, il legislatore dovette avere in vista che questa organizzazione, semplice quanto fosse possibile, si prestasse a quella speditezza di azione, a quella sicurezza di mezzi per provvedere ad ogni occorrenza dell'amministrazione, a quel concorso di forze individuali e collettive, a quella reciproca e ragionevole vigilanza tra i vari agenti, che potessero più efficacemente guarentire la protezione degli interessi dell' incapace. A questi scopi soddisfanno lodevolmente gli ordinamenti stabiliti nel codice Italiano.

Il governo della tutela è costituito da questi ordini distinti di funzionari: il tutore, il protutore, il consiglio di famiglia e l'autorità giudiziaria.

Si suol dire che il consiglio di famiglia rappresenti nell'ordinamento della tutela il *corpo deliberante*, il tutore rappresenti il *potere esecutivo*. Questo concetto ha una parte di vero; ma non conviene esagerarlo. Il tutore riunisce veramente in sè generalmente tutti gli uffici che la

legge ha destinati alla tutela. Il consiglio di famiglia, e più ancora il protutore e l'autorità giudiziaria, non hanno in questa materia altre attribuzioni fuor di quelle che sono ad essi espressamente assegnate dalla legge. Ad ogni occorrenza che si presenti pel tutelato, sia poi in ciò che riguardi la cura della persona, o la rappresentanza di lui negli atti civili, o l'amministrazione dei suoi beni, è sempre il tutore che deve provvedere; e la sua azione non si limita alla semplice esecuzione di ciò che sia stato deliberato dal consiglio di famiglia, ma in generale è libera, fin dove non si trovino limiti espressamente imposti dalla legge, che l'abbia per certi casi od atti assoggettata al controllo od all'autorizzazione del consiglio medesimo od anche dell'autorità giudiziaria.

Così è che per disposizioni espresse di legge è il consiglio di famiglia che provvede, occorrendo, alla nomina del tutore (art. 245); dà i provvedimenti più importanti nell'interesse del minore, sia per ciò che concerne la persona od i beni di lui (art. 278, 287, 290, 299); autorizza il tutore a fare certi atti giuridici (art. 296); stabilisce la somma approssimativa dell'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio di lui (art. 291); provvede alla cauzione che il tutore debba prestare (art. 292, 293); emancipa, se ne sia il caso, il minore (art. 311); rimuove, nei casi previsti dalla legge, il tutore, o protutore, salvo il diritto di richiamo davanti al tribunale (art. 271); riceve gli *stati annuali* dell'amministrazione, che il tutore deve presentare (art. 303); approva il rendiconto definitivo, se ne avvenga il caso durante lo stato di tutela (art. 306); e insomma sovrintende e vigila all'esercizio della tutela in ogni parte, e sugli affari più gravi e interessanti prende deliberazioni, l'esecuzione delle quali spetta poi al tutore.

Il *protutore* agisce pel tutelato e lo rappresenta in quegli affari e in quegli atti e contratti, nei quali l'interesse di lui sia in opposizione con quello del tutore. In questi casi

tale rappresentanza è *speciale;* in altri è *generale*, ma *temporanea*, e ciò avviene quando la tutela sia *vacante* o *abbandonata;* chè allora il protutore tiene il luogo del tutore mancante, e rappresenta il tutelato in tutti gli atti civili, salvochè le sue attribuzioni sono limitate agli *atti conservatorii* ed a quelli di *semplice amministrazione*, che non possono essere differiti senza danno (art. 266 cod. civile).

L'*autorità giudiziaria* ha pure una parte importantissima nel governo della tutela; non già per autorizzare ai singoli atti dell'amministrazione, ma per promuovere l'esercizio della tutela al tempo in cui si apre (art. 249-251 cod. civ.) e dare frattanto quei provvedimenti che siano necessari; per omologare alcune delle più importanti deliberazioni del consiglio di famiglia (art. 301 cod. civile); infine, per assicurare l'adempimento di tutte le formalità prescritte dalla legge.

Da ciò che abbiam detto apparisce quanto lontana dal vero sia l'opinione di alcuni, i quali ritengono spettare al consiglio di famiglia ed all'autorità giudiziaria una specie di potere discrezionale per moderare l'azione del tutore in tutto ciò che si reputi essere d'interesse del tutelato. Certamente è nell'interesse di quest'ultimo che la tutela è ordinata; ma la legge sola che ha creata quest'istituzione è quella che decide di ciò che è d'interesse del tutelato. Essa lo ha sottoposto all'autorità del tutore, a cui ha attribuito un mandato generale per rappresentarlo, curarne la persona e amministrarne i beni. Questo mandato generale non può subire altre restrizioni che quelle le quali siano stabilite dalla legge medesima che lo conferisce. Essa ha effettivamente limitato tale mandato in alcuni rapporti, per certi affari, atti o contratti, assoggettando il tutore alla vigilanza ed alla direzione superiore del consiglio di famiglia, e richiedendo per la validità di certi atti o convenzioni l'autorizzazione del consiglio stesso od anche la omologazione del tribunale. Ma queste sono eccezioni, le quali, per la loro stessa natura, debbono quindi essere

rigorosamente ristrette ai casi espressamente contemplati dalla legge. L'azione del tutore è dunque generalmente libera, salve soltanto le limitazioni che risultano da un testo espresso legislativo; e il consiglio di famiglia e l'autorità giudiziaria non possono usare d'un potere discrezionale, che non è loro conferito dalla legge, per inceppare, fuor di quei casi, la libertà d'azione del tutore, sotto pretesto che ciò sia necessario per l'interesse del tutelato.

18. Il nostro codice ha opportunamente determinato con apposita disposizione le cause che fanno luogo all'aprimento della tutela dei minori. Dice l'articolo 241: " Se " ambidue i genitori sono morti, dichiarati assenti, o sono " incorsi per effetto di condanna penale nella perdita della " patria potestà, si apre la tutela ".

A questa disposizione abbiamo dovuto accennare incidentemente in altro luogo, parlando delle cause per le quali finisce la patria potestà (1). Tra queste e quelle per le quali si apre la tutela vi è infatti una correlazione necessaria; imperciocchè da una parte patria potestà e tutela non possono coesistere, e dall'altra quando la patria potestà cessi, perdurando tuttavia il figlio nello stato d'incapacità civile, è indispensabile che subentri per lui lo stato di tutela.

Possiamo dunque stabilire come principio fondamentale, che la tutela del minore si apre al momento in cui si estingua la patria potestà, essendo tuttavia il figlio in età minorile e non emancipato. Del quale principio non sono infatti che applicazioni le regole enunciate nel riferito articolo 241.

Per la morte dei genitori non si apre la tutela se non quando essi siano morti ambidue; poichè la morte di un solo lascia luogo tuttavia all'esercizio della patria potestà

(1) V. vol. VII, n. 339.

da parte del superstite, sia poi il padre o la madre (art. 220, § ult., cod. civile).

La *dichiarazione di assenza*, come fa luogo all'aprimento, provvisorio almeno, della successione dell'assente (1), così fa luogo parimente all'apertura della tutela dei figli che erano soggetti alla patria potestà dell'assente stesso; salvo, s'intende, che dovrebbe riattivarsi l'esercizio della patria potestà qualora l'assente ritornasse.

Quelle condanne penali che traggono seco la perdita della patria potestà, producono pure necessariamente l'aprimento della tutela; e sono — come vedemmo a suo luogo — le condanne alle pene dell'ergastolo e alla reclusione per un tempo maggiore dei cinque anni; e le condanne per delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie, commessi da ascendenti sulle persone dei loro discendenti (art. 33 e 349 cod. penale).

Le cause che sol temporaneamente impediscano, di fatto o di diritto, l'esercizio della patria potestà o di alcuno degli attributi di essa — l'assenza semplicemente *presunta*, l'*interdizione giudiziale* dei genitori, l'*abuso* commesso da essi nell'esercizio delle proprie funzioni — non producendo estinzione della patria potestà stessa, non fanno neppur luogo all'aprimento della tutela, che colla patria potestà non può coesistere. Certamente se questa non possa essere esercitata, per qualunque ostacolo anche temporaneo di fatto o di diritto, da nessuno dei genitori, non possono nel frattempo rimanere destituiti di qualunque protezione i figli minori. E già abbiamo veduto quali provvedimenti speciali siano per questi casi stabiliti dalla legge, affidando ad altri la cura della persona o dei beni del minore, o facendo luogo ad una *tutela temporanea*. Ma in nessuno di tali casi si apre un vero stato di tutela, a cui siano applicabili tutte le norme comuni per esso stabilite dalla legge; in cui chi è deputato a provvedere alla persona od all'am-

(1) V. vol. IV, n. 161, pag. 596 e seguenti.

ministrazione dei beni del minore sia rivestito della pienezza di quei poteri che sono attribuiti al vero tutore; che debba essere circondato da quelle guarentigie che per tale stato sono ordinate, e fra le altre dalla costituzione permanente d'un consiglio di famiglia.

Inutile aggiungere che, se per ambidue i genitori siasi verificata alcuna delle cause, che a tenore dell'art. 241 producono l'estinzione della patria potestà e l'aprirsi della tutela, non è poi necessario che quella causa sia identica sì per l'uno che per l'altro; ed è indifferente, per esempio, che ambidue i genitori siano morti, o ambidue dichiarati assenti, o ambidue incorsi nella perdita della patria potestà per effetto di condanna penale, o piuttosto che l'uno essendo morto, l'altro sia stato dichiarato assente, od abbia subìto una di quelle condanne.

Ciò che dicemmo finora riguarda unicamente l'aprimento della *tutela dei minori*. Quanto poi agli interdetti giudizialmente, la loro tutela si apre *dal giorno della sentenza* che pronuncia l'interdizione (art. 328, 329 cod. civ.).

Nè è di lieve importanza il determinare il momento preciso in cui la tutela si apre: poichè è d'allora che i diversi agenti, destinati dalla legge a costituirne l'organismo, sono o debbono entrare in funzione; è d'allora che pel tutore testamentario o legittimo, purchè abbia avuto legalmente notizia della sua qualità, incomincia l'obbligazione di provvedere alla persona del tutelato, rappresentarlo negli atti civili e amministrarne i beni, e la responsabilità tanto per essersi astenuto dall'esercitare l'ufficio che gli incombeva, quanto per una mala gestione. Per il tutore *dativo*, com'è chiaro, le obbligazioni e la responsabilità non possono cominciare mai dal giorno dell'apertura della tutela, ma solo da quello in cui egli abbia legalmente notizia della nomina.

19. La tutela, nel senso proprio in cui ora ne parliamo, ha due caratteri distintivi, la *generalità* e la *perma-*

nenza: la generalità, inquantochè il tutore ha il mandato di rappresentare il tutelato in tutti gli atti civili ed amministrarne l'intiero patrimonio; la permanenza, perchè l'ufficio del tutore è destinato a durare finchè non cessi la causa d'incapacità civile del tutelato, o finchè non si verifichi qualche causa speciale, che a norma di legge faccia cessare relativamente la tutela nella persona che la esercita.

Vi sono però casi nei quali, allo scopo sempre di proteggere nel miglior modo gl'interessi dell'incapace, alcuni degli uffici che sarebbero proprii del tutore vengono attribuiti dalla legge ad altre persone; ovvero anche sono a queste conferiti gli identici poteri che apparterrebbero ad un tutore veramente tale, ma ciò avviene temporaneamente soltanto. Si ha allora una *tutela speciale*, od una *cura*, od una *tutela temporanea*.

Vi è luogo a *tutela speciale* allorchè, il minore essendo soggetto a patria potestà, è tuttavia ammesso, per particolari cause determinate dalla legge, che possa confidarsi ad altri che al genitore esercente la patria potestà l'aver cura della persona del minore stesso, e il provvedere al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione di lui. Ciò avviene nel caso di *abuso*, commesso dal genitore violando o trascurando i doveri della patria potestà relativamente alla persona del figlio (art. 233 cod. civile).

Vi è luogo a *tutela temporanea* per i figli minori del *presunto assente*, quando non sia superstite, o sia nella impossibilità di esercitare la patria potestà l'altro genitore (art. 47 codice civile). Questa specie di tutela è pur *generale*, poichè abbraccia tutti gli uffici proprii della tutela ordinaria; ma differisce da questa in ciò solo che *non è permanente*, perchè destinata a durare quanto l'assenza del genitore, ed a supplire all'esercizio della patria potestà, la quale continua a sussistere, e colla quale lo stato vero di tutela non è conciliabile.

Della *cura* parliamo ora in quanto sia applicabile pei *minori non emancipati*, siano poi soggetti a patria potestà

od a tutela; chè rispetto ai *minori emancipati* la cura ha scopo, caratteri e regole affatto particolari, di cui ci occuperemo più oltre.

Nel senso in cui ne trattiamo qui, la *cura* non ha per oggetto che *la rappresentanza in certi atti* o *l'amministrazione dei beni* del minore soggetto a patria potestà od a tutela; e si presenta sotto diversi aspetti, secondo i quali assume il carattere ora di *speciale*, ora di *generale*. È speciale quando è costituita per rappresentare il minore in certi affari, atti o contratti particolarmente determinati dalla legge, o per amministrare una parte determinata dei beni componenti il patrimonio del minore stesso. Si verifica il primo di tali casi allorchè il tribunale, davanti a cui è promosso un giudizio per *negazione di paternità*, deputa al figlio minorenne un *curatore*, in contraddittorio del quale abbia a procedere l'attore (art. 168 cod. civile), e allorchè nascendo conflitto d'interesse tra i minori soggetti alla stessa patria potestà od alla stessa tutela, ovvero tra essi ed il padre, è nominato a quei minori un curatore per rappresentarli negli atti in cui avviene questo conflitto (art. 224, § 3, 246 cod. civ.). Si verifica il secondo caso quando chi istituisce erede un minore soggetto a patria potestà od a tutela, gli nomina *un curatore per la sola amministrazione delle sostanze che gli trasmette* (art. 247 cod. civile).

È generale la cura allorchè per abuso commesso dal genitore nell'esercizio della patria potestà, *male amministrando le sostanze del figlio*, il tribunale provvede *per la nomina di un curatore ai beni di lui* (art. 233 cod. civile).

Di questi diversi casi di tutela speciale o temporanea, di cura generale o speciale, abbiamo già parlato nei luoghi corrispondenti, e qui basterà riferirci alle massime ivi dimostrate.

Rammenteremo soltanto che in nessuno dei casi di tutela speciale o temporanea si verifica l'aprimento di un vero stato di tutela particolare e distinto; epperò le norme

comuni con cui la legge ha regolato questo stato non possono essere, in generale, applicabili ai casi predetti. Così mentre la tutela vera ed ordinaria può essere testamentaria, legittima, o dativa, la tutela speciale o temporanea è sempre dativa. Le cause di dispensa dagli uffizi di tutore o protutore non valgono per esimersi dall'incarico d'una tutela speciale o temporanea, che è pure un ufficio obbligatorio, perchè necessario a servigio di quell'interesse pubblico che è sempre inerente alla protezione degli incapaci. Per riguardo però alle cause d'incapacità, esclusione o rimozione dagli uffizi tutelari, sembra ch'esse debbano congruamente applicarsi anche per la tutela speciale o temporanea, essendovi identità di motivi. Le cautele, che a guarentigia degl'interessi del tutelato la legge stabilì doversi osservare innanzi che incominci l'esercizio della tutela ordinaria, e particolarmente la formazione dell'inventario e la prestazione della cauzione, non sono neppur esse da estendersi alla tutela speciale o temporanea.

Parimente le attribuzioni nell'esercizio dell'ufficio non sono quelle d'un tutore ordinario; ma si restringono nella tutela speciale a provvedere al mantenimento, alla educazione ed istruzione del minore, e nella tutela temporanea ad esercitare, in modo provvisorio, supplementarmente e nei limiti della necessità, gli uffici della patria potestà spettante al genitore assente.

In fine, quanto alle cause di estinzione della tutela speciale o temporanea, essa finisce principalmente quando cessano appunto quelle cause particolari che vi hanno dato luogo; bene inteso che qualora per le cause comuni stabilite dalla legge si estingua la patria potestà, o cessi lo stato di tutela del minore finisce anche necessariamente la tutela speciale o temporanea a cui era stato sottoposto per ragione appunto di quel suo stato.

Rispetto alla cura, non vi è bisogno di dire che le norme regolatrici della tutela le sono completamente estranee. E quanto alle attribuzioni del curatore, se la cura è gene-

rale, nel caso dell'art. 233, esse si limitano agli *atti di semplice amministrazione ordinaria*, e sono regolate dai principii comuni risguardanti l'amministrazione dei beni altrui (1); se poi la cura è speciale, l'ufficio del curatore si restringe a rappresentare il minore in quegli affari od atti particolari per cui tale ufficio gli fu conferito, od al governo delle sostanze lasciate dal testatore nel caso dell'articolo 247.

Ciò stesso però fa palese una differenza rimarchevole tra questa cura e quella concernente i minori emancipati; nella quale ultima il curatore non fa che assistere e autorizzare l'emancipato, che agisce personalmente (art. 318, 319 cod. civ.); mentre il curatore d'un minore soggetto a patria potestà od a tutela *lo rappresenta*, come farebbe un tutore, in quegli atti speciali per cui la cura gli è conferita, o amministra le sostanze trasmessegli dal testatore, nel caso dell'articolo 247, o amministra ancora tutto il patrimonio, dal cui governo sia stato escluso il genitore per abuso della patria potestà, secondo l'articolo 233.

20. La tutela è *di diritto* quando è esercitata da chi ne è investito legalmente; è *di fatto* quando non è esercitata da chi abbia conformemente alla legge l'ufficio di tutore, ma è esercitata invece da chi non ha legittimamente tale qualità.

Parliamo dell'*esercizio della tutela* nei caratteri suoi di *generalità* e di *permanenza*, e supponiamo che tale esercizio non sia fatto dalla persona che abbia legittimamente la qualità di tutore; perchè se taluno s'immischiasse negli affari d'una tutela della quale il vero tutore fosse legalmente investito, o se non essendovi tutore, un estraneo trattasse soltanto alcuni affari particolari del minore, non sarebbe caso d'una *tutela di fatto*, ma di semplice *gestione*

(1) V. vol. VII, n. 310.

d'affari, a cui non sarebbero applicabili altre norme che le comuni di quasi-contratto.

La tutela di fatto, nel senso sopra indicato, può verificarsi in diversi casi. Il più ovvio è quello in cui mancando del tutto al minore un tutore che sia legittimamente investito di tale ufficio, altri assuma di fatto la gestione in modo generale e permanente; ma altri casi ancora si possono figurare. È assunta la tutela da chi vi sarebbe chiamato, ma ne è incapace od escluso per una delle cause determinate dalla legge. È continuato l'esercizio della tutela da chi ne fu da principio legittimamente investito, anche dopo ch'egli dovea cessarne, o dopo che n'era stato rimosso per una delle cause stabilite dalla legge. È annullato per irregolarità l'atto di nomina del tutore, e nonostante questa annullazione egli continua ad esercitare le funzioni che gli son tolte. Tutti questi sono casi in cui la tutela è *di fatto*, *non di diritto*.

Può avvenire eziandio che una tutela, la quale in origine era *di diritto*, si trasmuti dopo, ed anche pel tempo precorso, in semplice *tutela di fatto*, quando l'atto di nomina di quel tutore venga annullato; tale essendo la conseguenza naturale dell'*effetto retroattivo dell'annullazione*.

In tutti questi casi la *tutela di fatto* produce, nei rapporti tra l'amministratore e l'amministrato, gli effetti medesimi della *tutela di diritto* (1). Qualche autore veramente ha opinato, al contrario, che *sia inammissibile* l'assimilazione completa del tutore di fatto e del tutore legale, osservando che sarebbe questa una *finzione di diritto*, la quale non potrebb'essere stabilita se non da una disposizione espressa della legge; epperò, pur deplorando che questa disposizione manchi, ne ha concluso che *la tutela di fatto debba restare semplicemente sotto l'impero del diritto comune, sia quanto alle obbligazioni, sia quanto ai diritti dell'ammini-*

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 88, n. 5.

stratore (1). Non si tratta di considerare come tutore di diritto quello che lo è solamente di fatto, ma di vedere se basti lo stato di tutela in cui è costituito l'incapace per produrre identici rapporti giuridici tra lui e chi eserciti la tutela, sia che la eserciti legalmente o no. Ora, è certo che tutti i rapporti giuridici dipendenti dalla tutela, tanto per ciò che riguarda i poteri spettanti al tutore, quanto, e principalmente, per ciò che concerne gli obblighi che incombono a lui verso il tutelato, sono stabiliti unicamente per l'interesse di quest'ultimo. La base giuridica di tali rapporti è dunque riposta esclusivamente nello stato di tutela in cui è costituito l'incapace, non già nella qualità legittima di chi eserciti l'ufficio; chè anzi, se egli lo eserciti abusivamente, senza possedere in diritto quella qualità, ciò non è che una ragione di più per applicare in favore del tutelato quelle disposizioni di legge che hanno per iscopo di proteggerne la persona e guarentirne il patrimonio dai danni d'una cattiva amministrazione. La questione deve dunque, ad avviso nostro, risolversi nel senso che i rapporti giuridici tra tutore e tutelato debbano regolarsi colle norme ordinarie stabilite dalla legge, quando anche chi ha esercitata la tutela non avesse in diritto la qualità di tutore.

Nelle applicazioni di questa massima si è principalmente agitata la controversia se i beni di chi eserciti in fatto la tutela, senza esserne rivestito legalmente, siano soggetti in favore del tutelato all'ipoteca legale stabilita dall'articolo 1969 n. 3.

Non è qui luogo opportuno a discutere su questo punto. Basti per ora avere accennato al principio fondamentale.

Ma i dubbi diventano più gravi allorchè, invece dei rapporti giuridici che possono sorgere dall'esercizio della tutela fra l'amministratore e l'amministrato, si considerino quelli che abbiano a derivarne tra l'amministrato stesso e i terzi,

(1) V. Laurent, t. IV, n. 373, pag. 487.

coi quali l'amministratore abbia trattato. I quali dubbi non si possono risolvere, se non distinguendo tra i diversi casi sopra accennati, in cui la tutela sia esercitata di fatto e non di diritto.

Se si tratti d'una tutela vacante o abbandonata, che sia assunta da chi non ha legalmente la qualità necessaria, è chiaro, in massima, che non potranno essere opposti al tutelato gli atti compiuti abusivamente da questo tutore di fatto, poichè gli manca quel mandato legale per cui pretendeva di agire. Può darsi però che tali atti siano stati autorizzati dal consiglio di famiglia od omologati anche dal tribunale, perchè la loro natura fosse tale da richiedere appunto, secondo la legge, l'adempimento di queste formalità abilitanti. E in tale ipotesi è stato insegnato da alcuni che quegli atti sarebbero opponibili al tutelato (1). Ma l'autorizzazione del consiglio di famiglia, o dell'autorità giudiziaria, varrebbe forse ad attribuire a chi ha agito come tutore la qualità che secondo la legge non aveva? O sarebbe possibile che non ostante il difetto di questa qualità egli potesse tuttavia rappresentare legittimamente il tutelato con un mandato legale che gli mancava? Veramente non sembra. Certo è che la validità dell'atto potrebbe talora sostenersi sott'altro aspetto, come *gestione d'affari*, qualora fosse riuscito utile al tutelato. Ma se al contrario gli fosse dannoso, non si potrebbe, a quanto ci sembra, sostenerlo come atto legittimo di tutela. — Tanto meno lo si potrebbe nel diritto nostro, in cui la istituzione dei *registri di tutela* pone i terzi in grado di conoscere se la persona con cui contrattano eserciti la tutela di mero fatto, senz'avere la qualità nemmeno apparente di tutore (art. 345 cod. civ.).

Supponiamo ora che l'apparenza almeno di questa qualità vi sia; che chi esercitava la tutela vi fosse realmente chiamato, o per testamento, o per legge, o per nomina

(1) V. Aubry et Rau, l. c., nota 6.

fatta dal consiglio di famiglia, e che come tutore fosse iscritto nel registro delle tutele; ma per una delle cause stabilite dalla legge fosse incapace od escluso da tale uffizio, sicchè non potesse rappresentare legittimamente il tutelato. Anche qui il rigore dei principii ci porterebbe alla medesima conclusione: che l'atto riuscito non utile al tutelato stesso non potesse essergli opposto. Ma se i terzi avessero contrattato in buona fede, credendo cioè che l'incapace fosse legalmente rappresentato dalla persona con cui convenivano, essendo d'altra parte questa buona fede appoggiata all'*opinion comune fondata sopra un titolo apparentemente legittimo, e sul possesso che quella persona esercitava pubblicamente e pacificamente dell'ufficio di tutore*, quei terzi potrebbero invocare in proprio favore l'adagio: *error communis facit jus* (1).

Le stesse massime, per identità di motivi, sarebbero pure applicabili ai casi in cui il tutore avesse continuato nell'esercizio dell'ufficio anche dopo che per diritto avrebbe dovuto cessarne, o dopo che ne fosse stato rimosso per una delle cause contemplate negli articoli 268 e 269, o dopo che l'atto di sua nomina fosse stato annullato (2); purchè però gli atti o le convenzioni tra quel tutore e terze persone fossero anteriori al giorno in cui fosse stato iscritto nel registro delle tutele il nome del nuovo tutore subentrato a quello cessato o rimosso, poichè da quel giorno nè l'antico tutore potrebbe più dirsi in possesso pubblico e pacifico dell'ufficio, nè i terzi contraenti potrebbero essere ammessi ad allegare la buona fede, mentre dai registri pubblici potevano con tutta facilità conoscere l'avvenuto cambiamento di tutore.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 115, nota 11.
(2) V. Aubry et Rau, l. c., nota 12.

Sezione I.

Dei tutori.

Sommario. — 21. Partizione della materia.

21. Segnalammo già sopra le diverse specie in cui distinguesi la tutela, secondochè l'ufficio sia conferito al tutore direttamente per disposizione della legge, o, in virtù della facoltà concedutane da questa, gli sia conferito per disposizione d'ultima volontà dalle persone a ciò autorizzate, o, infine, gli sia conferito per deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela (1).

Dobbiamo ora esaminare separatamente le regole che per ciascuna di queste specie di tutela sono stabilite nel codice. Sta bene però di avvertire che queste regole riguardano soltanto la tutela dei minori; chè in quanto concerne gl'interdetti, le norme relative alla tutela testamentaria e legittima sono in parte diverse da quelle che regolano la stessa tutela rispetto ai minori, come verrà dimostrato trattando della interdizione.

§ I. — *Della tutela testamentaria.*

Sommario. — 22. Quale dicasi tutela testamentaria. — 23. Fondamento della facoltà, conceduta all'ultimo superstite dei genitori, di dare un tutore ai figli minori di età. Caratteri giuridici dell'atto di nomina del tutore. — 24. A quali persone e sotto quali condizioni sia data la facoltà predetta. — 25. (*a*) Essa non compete, che a quello dei genitori legittimi che sia rimasto superstite. — 26. (*b*) Non gli compete se non quando al tempo di sua morte si trovi nell'esercizio della patria potestà. — 27. Forme dell'atto di nomina del tutore testamentario. — 28. Chi possa essere nominato a tutore testamentario. Qualunque sia il numero dei figli, non può mai essere nominato che un solo tutore. — 29. Revocabilità della nomina. — 30. Della facoltà spettante a chi istituisca erede il minore di nominargli un curatore per l'amministrazione delle sostanze lasciategli. — 31. (*a*) Quali persone possano nominare il curatore. — 32. (*b*) In quale forma possa farsi la nomina. — 33. (*c*) Quali siano gli

(1) V. sopra, n. 13, pag. 28.

uffici attribuiti al curatore. — 34. (*d*) Come debba provvedersi nel caso che il curatore nominato non possa o non voglia assumere l'ufficio o continuarne l'esercizio.

22. La tutela è detta *testamentaria* quando il tutore è nominato da quello, tra i genitori del minorenne, che rimane superstite e che al tempo di sua morte si trova nell'esercizio della patria potestà.

Qualche autore ha censurata questa denominazione, notando che sia improprio chiamare testamentaria una tutela, la quale — come vedremo — può essere deferita anche in un atto che non sia testamento (1). E in questo aspetto la critica sarebbe giusta. È da osservare però che la tutela non aprendosi se non alla morte del genitore disponente, ed allora l'effetto della disposizione consistendo nel trasferirsi in virtù della legge al tutore nominato i poteri che debbono subentrare a quelli della patria potestà, la quale rimane estinta, si riscontrano in ciò elementi bastanti per poter considerare come un *atto d'ultima volontà* la nomina del tutore, quand'anche non sia fatta per testamento; ond'è poi giustificata a sufficienza la qualificazione di *testamentaria*, che si suol dare a questa specie di tutela.

Nè la questione è di semplice esattezza di linguaggio — il che pure non manca mai d'importanza, stantechè dalla imprecisione delle parole deriva spesso qualche confusione nelle idee —; ma dall'allegata improprietà della qualificazione di *tutela testamentaria* si è preteso dedurre che il genitore superstite possa anche nominare un tutore che sostituisca lui vivente nell'aver cura della persona e dei beni del figlio, quando il genitore stesso sia nella impossibilità di provvedervi per qualunque impedimento di fatto; per esempio, a cagione d'un impiego pubblico, che sia incompatibile colle funzioni ch'egli dovrebbe esercitare in pro del figlio (2). Vedremo in seguito le ragioni per le

(1) V. Toullier, t. II, pag. 1101; Borsari, *Comm.*, art. 242, vol. I, § 562 C.
(2) V. Toullier, l. c., n. 102.

quali una tale dottrina è affatto inammissibile, più specialmente secondo il diritto nostro. Ma intanto è dimostrato fin d'ora come questa opinione si appoggi a torto alla pretesa erronea qualificazione di *tutela testamentaria*.

23. Più volte notammo che nell'ordinamento della tutela tutto deve cospirare alla più efficace protezione dell'incapace; principio questo che doveva esser seguìto fin dalla prima e fondamentale disposizione che determinasse a chi dovesse affidarsi la scelta del tutore. Ed è certo che la legge facendone essa stessa la designazione, o deferendola ad altre persone, non avrebbe potuto confidare ch'essa riescisse più conforme all'interesse del minorenne, che lasciandone la facoltà al padre od alla madre di lui. L'affetto loro verso il figlio è la miglior guida e la guarentia più sicura. D'altro lato, pel superstite dei genitori lo scegliere egli stesso chi debba prendere cura delle persone e delle sostanze dei figli che la sua morte lascierà orfani, non è altro che l'esercizio d'una autorità dipendente naturalmente dalla patria potestà; la quale deve comprendere tutti i poteri necessari per provvedere convenientemente alla protezione dei figli e al governo dei loro beni per tutto quel tempo in cui essi non siano capaci di provvedervi da loro medesimi.

È pertanto evidente il fondamento giuridico di questa istituzione della tutela testamentaria. Qualche difficoltà può incontrarsi nel determinare i caratteri giuridici dell'atto, con cui in essa è nominato il tutore. Alcuni autori hanno creduto di scorgervi gli estremi d'una *trasmissione dei poteri stessi che sulla persona e sui beni del figlio appartenevano al padre o alla madre da cui il tutore è nominato* (1). Questo concetto poteva avere qualche maggior fondamento in diritto francese, dove, la patria potestà trasformandosi in semplice tutela allo sciogliersi del matrimonio, i poteri

(1) V. Marcadé, art. 397, § I, t. II, n. 188; Demolombe, t. VII, n. 163.

del genitore superstite erano identici a quelli del tutore ch'egli nominava pel tempo in cui non sarebbe più. Nel diritto nostro, in cui " sciolto che sia il matrimonio, la " patria potestà viene esercitata dal genitore superstite „ (art. 220, § ult., cod. civ.), è troppo evidente che la diversità profonda tra gli attributi della patria potestà e quelli della tutela si oppone a poter mai considerare come avvenuta colla nomina del tutore testamentario una trasmissione dei poteri della patria potestà. Ma in ogni modo vi osterebbe eziandio la strettissima personalità, che è propria di questi attributi, e che li rende perciò essenzialmente non trasmissibili.

I caratteri veri dell'atto di nomina del tutore testamentario risultano abbastanza dai principii fondamentali che furono esposti nel numero precedente. È una emanazione della patria potestà, poichè il genitore, investito di questa, esercita un potere che ne è connaturale designando chi abbia da aver cura delle persone e dei beni dei figli suoi per fino a che duri lo stato di loro incapacità civile; e ciò è anche confermato dal testo della legge, la quale non attribuisce la facoltà di nominare un tutore pei figli se non *al genitore che rimanga superstite e che al tempo di sua morte si trovi nell'esercizio della patria potestà*.

Quella nomina è poi sempre da considerarsi come un atto d'ultima *volontà*, quand'anche la forma in cui si manifesti non sia di testamento; perchè non ha effetto se non alla morte del disponente e per investire il tutore nominato di quei poteri sulla persona e sui beni del figlio, che debbono sostituirsi a quelli della patria potestà estinta nella persona da cui proviene la nomina del tutore.

Avremo in seguito occasione di riscontrare come questi principii non siano soltanto veri in teoria, ma importanti eziandio per pratiche applicazioni.

24. " Il diritto di nominare un tutore, parente od " anche estraneo, spetta a quello dei genitori che rimane

“ superstite..... Non ha effetto la nomina di un tutore fatta “ dal genitore, che al tempo di sua morte non era nell'eser-“ cizio della patria potestà „.

In queste disposizioni degli articoli 242, § 1, e 243 sono contenute le regole che determinano quali persone e sotto quali condizioni possano dare ai minori un tutore testamentario.

La facoltà ne è conceduta *ai genitori*, senza distinguere il padre dalla madre. Nè infatti vi sarebbe stata ragione di distinguere: dappoichè ad ambedue ugualmente appartiene la patria potestà, di cui è un attributo il potere di nominare il tutore ai figli. Ma per ciò stesso è chiaro che quantunque la legge abbia parlato, in generale, di *quello dei genitori che rimane superstite*, ha però inteso di riferirsi esclusivamente ai *genitori legittimi;* poichè a questi soli spetta la *patria potestà civile*, della quale l'art. 243 esige che sia *nell'esercizio* al tempo di sua morte il genitore disponente; mentre i *genitori naturali* non hanno sui figli che una *tutela legale*, somigliante in molti rapporti alla patria potestà civile, ma non parificata completamente ad essa. La madre superstite, che al tempo di sua morte sia nell'esercizio della patria potestà, può, al pari del padre, nominare un tutore testamentario al figlio, nonostante che il padre le abbia imposte quelle limitazioni, nell'esercizio degli attributi della patria potestà, che sono ammesse dall'articolo 235; giacchè tali limitazioni non possono riguardare che l'*educazione dei figli e l'amministrazione dei loro beni*, ma non mai ferire altri attributi della patria potestà, quelli specialmente che nel loro esercizio costituiscano *atti di autorità sulla persona del figlio* (1).

Per la stessa ragione neppure importa se la madre, passata a nuovo matrimonio, *sia stata privata dell'amministrazione dei beni* del figlio, a norma degli articoli 237 e 238 codice civile; chè le limitazioni, ammesse dalla legge per

(1) V. vol. VII, n. 312, pag. 889 e segg.

questo caso all'esercizio della patria potestà da parte della madre, non concernono che l'*amministrazione* dei beni, e il *modo* di *educazione* dei figli, non gli altri attributi della patria potestà, nè specialmente *gli atti di autorità sulle persone dei figli*, tra i quali deve annoverarsi appunto il nominare ad essi un tutore (1).

In alcune delle legislazioni anteriori era stabilito che all'opposto “ la madre rimaritata e non conservata nella “ tutela dei figli del primo suo matrimonio, non potesse “ eleggere ad essi un tutore „ e che quand'anche fosse conservata nella tutela, la destinazione ch'essa facesse di un tutore a quei figli non fosse valida, se non qualora fosse confermata dal consiglio di famiglia (cod. Francese, articoli 399, 400; cod. Napoletano, art. 321, 322; cod. Albertino, art. 248, 255).

Pel padre, poi, è più evidente ancora che il passaggio di lui a seconde nozze non potrebbe togliergli il diritto di dare per testamento un tutore ai figli soggetti alla sua potestà; poichè il nuovo suo matrimonio non lo priva che del diritto d'usufrutto legale sui beni dei figli nati dal matrimonio anteriore (art. 232 cod. civ.), ma non gli toglie nessun altro degli attributi della patria potestà civile sui figli stessi (2).

La generalità del testo impedisce pure di distinguere se quello dei genitori che sia rimasto superstite sia *maggiore o minore di età*. Lo stato di *emancipazione* legale, in cui egli si troverebbe in quest'ultimo caso (art. 310 cod. civ.), lo porrebbe bensì in condizione di aver bisogno dell'assistenza del proprio curatore anche per quegli atti, concernenti la gestione dei beni del figlio, che eccedessero la semplice amministrazione ordinaria; ma non arrecherebbe verun'altra limitazione agli attributi della patria potestà, nè quindi a questo riguardante la nomina del tutore pei figli (3).

(1) V. vol. VII, n. 319, pag. 908.
(2) V. l. c., pag. 906.
(3) V. vol. VII, n. 153, pag. 328.

D'altronde è facile riconoscere che l'inesperienza dell'età, che giustifica la necessità dell'assistenza del curatore per gli atti di più grave importanza nella gestione economica, non può avere alcuna influenza sulla scelta di un tutore, nella quale il genitore è guidato dall'affetto suo verso i i figli, e dalla conoscenza che ha delle persone ad essi più affezionate ed insieme più capaci e più probe.

Le condizioni a cui la legge subordina la nomina del tutore testamentario — intorno a ciascuna delle quali avremo da fare nei numeri successivi qualche speciale osservazione — sono le seguenti:

1° che la nomina sia fatta *da quello dei genitori che rimane superstite;*

2° che questi al tempo di sua morte *sia nell'esercizio della patria potestà.*

25. (*a*) I termini stessi, in cui è formulata nell'articolo 242 la prima delle sopraccennate condizioni, pongono fuori di dubbio che *il premoriente*, fosse anche il padre, non potrebbe nominare un tutore al figlio: non lo potrebbe nominare pel tempo in cui durasse la vita dell'altro genitore, perchè ciò sarebbe in opposizione colla patria potestà spettante a quest'ultimo, e che è inconciliabile colla tutela; non lo potrebbe pel tempo, in cui morendo anche l'altro genitore venisse ad aprirsi, secondo la legge, la tutela, perchè ciò, ad ogni modo, lederebbe il diritto del genitore superstite di nominare egli stesso un tutore testamentario.

La espressione, con cui la legge accenna a *quello dei genitori che rimane superstite*, non devesi però intendere a tanto rigor di parola da escludere assolutamente che mai, vivente l'uno dei genitori, possa l'altro dare un tutore testamentario ai figli.

Supponiamo che uno dei genitori sia stato *dichiarato assente*, o per effetto di condanna penale sia *incorso nella perdita della patria potestà*. Quando l'altro genitore, che la esercita, sia venuto a morte, non avrà effetto la nomina

del tutore, ch'egli abbia destinato per testamento o per atto notarile ai figli? Dovrebb'essere così, stando materialmente alla lettera della legge; poichè il genitore disponente non è il *superstite*, vivendo tuttora quello che è rimasto privato della patria potestà per condanna penale, o non essendo provata la morte dell'altro genitore dichiarato assente. Ma può esser tale l'intendimento del legislatore? Se ciò si ammettesse, sarebbe resa impossibile per questi casi la tutela testamentaria; perchè, mentre la tutela è fuor di dubbio aperta, a norma dell'art. 241, dal momento in cui, essendo dichiarato assente od incorso per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà uno dei genitori, avvenga la morte dell'altro, non potrebbe tuttavia valere nè la nomina del tutore fatta dall'assente o dal condannato — poichè dopo lui la patria potestà avrebbe continuato nell'altro genitore — nè la nomina fatta da quest'ultimo, perchè egli avrebbe lasciato superstite il genitore condannato, o non sarebbe certo ch'egli fosse sopravvissuto al genitore assente. Ma questa conclusione sarebbe contraria allo spirito della legge, la quale volle preferita a tutte la tutela testamentaria, e solo in sussidio stabilì la tutela legittima e la dativa; e ridonderebbe in ultimo a danno del minore, a cui nella scelta di chi gli debba esser tutore verrebbe a mancare l'appoggio, che la legge intese a procurargli più efficace d'ogni altro, nell'affetto previdente dei genitori. Non possiamo dunque interpretare a questo modo la legge, senza metterla in aperta contraddizione con sè stessa, col principale scopo che si propose.

Alcuni autori francesi proposero una distinzione: insegnando che se l'uno dei genitori fosse *dichiarato assente*, presumendosene — dicevano — legalmente la morte, potesse l'altro genitore nominare ai figli un tutore; ma se invece al tempo della morte d'uno dei genitori, l'altro, per condanna penale o per altra causa, fosse incorso nella perdita della patria potestà, non valesse la nomina del

tutore fatta da quello, essendo *esorbitante* — così affermavano — *dal diritto comune* che la scelta del tutore possa farsi da una sola persona, e dovendo quindi essere applicata con rigore la legge che ne limita la facoltà a favore soltanto *del genitore che muoia l'ultimo* (1). Senonchè non sembra esatto il considerare come una eccezione nel sistema generale delle tutele l'essere affidata ad una sola persona la scelta del tutore, mentre è questo il carattere della tutela testamentaria, che la legge preferisce alla *dativa*, nella quale la nomina del tutore è fatta collegialmente dal consiglio di famiglia. La tutela dativa, ammessa solo sussidiariamente in mancanza della testamentaria e della legittima (art. 245 cod. civ.), non può certo riguardarsi come costituente la regola, e qualificarsi come eccezione quella specie di tutela che a tutte le altre è preferita. Così la base stessa della proposta distinzione viene a mancare. D'altra parte, se si dovesse applicare alla lettera la condizione che la nomina del tutore fosse fatta *da quello dei genitori che rimane superstite*, tale condizione non si verificherebbe — come osservammo — nè nel caso di assenza dichiarata dell'altro genitore, nè in quello in cui egli fosse decaduto per condanna penale dalla patria potestà; se invece dobbiamo attenerci allo spirito della legge, piuttostochè al suo tenore letterale, è fuor di dubbio che le stesse ragioni sopraccennate stanno per ammettere la validità della nomina del tutore testamentario fatta dal genitore che è morto nell'esercizio della patria potestà, sia che l'altro genitore sia stato dichiarato assente, sia che si trovi privato della patria potestà per condanna penale. I commentatori del codice nostro non si sono quindi appigliati a quella distinzione, ma piuttosto hanno cercata una diversa interpretazione a quella parola — *superstite* — usata nell'art. 242 del nostro codice; chi insegnando che " *superstite*, di fronte al diritto, è quello dei genitori che solo

(1) V. Marcadé, art. 397, § I, t. II, n. 188; Demolombe, t. VII, n. 156.

“ rimane investito di questa suprema facoltà (di nominare “ il tutore testamentario) e che esercitandola a vantaggio “ dei figli non lede le ragioni dell'altro coniuge „ (1); e chi dicendo che “ il genitore, dopo la cui morte la tutela si “ apre, devesi considerare come *superstite*, nel senso che “ egli non lascia dopo sè un altro genitore, cui competa “ il diritto di patria potestà „ (2).

Ma forse meglio, che cercar di torcere le parole della legge ad un senso che naturalmente non hanno, è il riconoscere che con quelle parole si è veramente previsto il solo caso più comune a verificarsi, in cui quello dei genitori che ha vissuto l'ultimo abbia nominato un tutore testamentario ai figli; ma che tuttavia, secondo ragione e secondo lo spirito della legge, la stessa facoltà è da ritenersi spettante anche a quello dei genitori che lasci l'altro superstite, ma privato della patria potestà per condanna penale, od a quello che sia incerto che sia veramente il superstite, a cagione dell'assenza dichiarata dell'altro. Ben s'intende, del resto, che in quest'ultimo caso il ritorno dell'assente farebbe cessare l'ufficio del tutore, a cui per la disposizione d'ultima volontà dell'altro genitore fossero stati sottoposti i figli. — È dunque dimostrato, come ci proponemmo, che vi sono dei casi nei quali può essere valida la nomina di tutore fatta da quello dei genitori che è morto nell'esercizio della patria potestà, sebbene l'altro genitore gli sia rimasto superstite.

Ma la quistione ha bisogno di essere considerata ancora sotto un altro aspetto.

Supponiamo che uno dei genitori non sia *dichiarato assente*, nè per condanna penale sia incorso nella perdita della patria potestà — come nell'ipotesi precedente — ma sia semplicemente *presunto assente*, o sia *interdetto* per abituale infermità di mente, o per altra causa di fatto o di

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 242, § 559, vol. I, pag. 880.
(2) V. Ricci, op. cit., vol. I, n. 388, pag. 499.

diritto sia nell'impossibilità di esercitare la patria potestà. L'altro genitore, che la esercita, potrà validamente destinare pel tempo di sua morte un tutore testamentario al figlio?

" Non vi trovo difficoltà — rispondeva un autorevole " scrittore francese —. Il diritto accordato ai genitori di " nominare, morendo, un tutore ai loro figli, è tutto nel" l'interesse dei minori: *Nullus est affectus qui vincat pater-* " *num*. Ma se il vedovo sia poi prosciolto dall'interdizione " e reclami la tutela, questa dovrà essergli restituita. Così " non si pregiudica in nulla all'interesse dell'interdetto, e " si provvede a quello dei figli „ (1).

Tuttavia quest'opinione non fu seguìta. Si opponeva la disposizione troppo formale della legge, che attribuiva il diritto di nominare un tutore esclusivamente a *quello dei genitori il quale morisse l'ultimo*, e la considerazione che il genitore sopravvivente potendo riacquistare l'esercizio dei suoi poteri sui figli, non fosse caso di nominare a fronte di lui un tutore (2).

La risoluzione della questione in questo ultimo senso è ancor più evidente secondo il diritto nostro, in cui la morte di uno dei genitori non fa luogo — come in diritto francese — all'aprimento della tutela, ma lascia continuare l'esercizio della patria potestà nel genitore superstite (articolo 220, § ult., cod. civ.) e la tutela si apre soltanto per le cause tassativamente determinate nell'art. 241. Verificandosi cause le quali impediscano il solo esercizio della patria potestà, rendendolo impossibile o di diritto o di fatto — tra le quali sono appunto da annoverarsi l'*assenza semplicemente presunta* e l'*interdizione giudiziale* — passa all'altro genitore, se sia vivente e capace, l'esercizio della patria potestà stessa; altrimenti si fa luogo ad una *tutela temporanea* dei figli minori dell'assente o dell'interdetto (art. 47

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 109, n. 2.

(2) V. Duranton, t. III, n. 435; Marcadé, t. II, n. 188; Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, sect. II, observ. I, pag. 293; Aubry et Rau, t. I, § 100, n. 4; Demolombe, t. VII, n. 156; Laurent, t. IV, n. 396.

cod. civ.: e argomento da questo articolo) (1). Ciò posto, è evidente la impossibilità che abbia effetto la nomina di un tutore testamentario, secondo le norme comuni, mentre non è aperto pei figli un vero stato di tutela. Ma siccome, per fino a che duri l'assenza presunta, o l'interdizione, od altro impedimento del genitore rimasto superstite, dev'essere dato ai figli un *tutore temporaneo*, potrebbe dubitarsi se almeno valesse la nomina di questo tutore, che fosse stata fatta dall'altro genitore morto nell'esercizio della patria potestà. — Senonchè il dubbio si trova risolto espressamente pel caso di *assenza presunta* dall'art. 47 del cod. civ., dove essendo dichiarato spettare al *consiglio di famiglia* di conferire la cura dei figli minori dell'assente *agli ascendenti prossimi nell'ordine stabilito dall'art. 244, e in mancanza di questi ad un tutore temporaneo*, si esclude manifestamente che questa *tutela temporanea* possa essere *testamentaria*. E la stessa massima va pure estesa per analogia ai casi in cui, invece dell'assenza presunta d'uno dei genitori, trattisi dell'interdizione giudiziale di lui, o d'altra causa d'impedimento all'esercizio della patria potestà di cui gli appartiene il godimento. Oltre di che, anche prescindendo da questa analogia, la stessa massima è pure indotta necessariamente dall'applicazione dei principii generali. È certo, infatti, che la facoltà di nominare un tutore ai minorenni non può derivare che da disposizione della legge; la quale concede tale facoltà al genitore che muore nell'esercizio della patria potestà, solamente per il caso in cui la morte di lui fa luogo ad aprirsi il vero ed ordinario stato di tutela (art. 241, 242 cod. civ.). L'estendere la facoltà stessa al caso d'una tutela temporanea sarebbe dunque puramente arbitrario.

26. (*b*) Nel diritto francese — secondo il quale il genitore superstite era considerato come *tutore legale* dei

(1) V. vol. VII, n. 153-155, pag. 328, 332.

figli nati dal matrimonio disciolto — era oggetto di grave disputa la questione: se affinchè il genitore predetto potesse, pel tempo in cui non sarebbe più, dare a quei figli un tutore, fosse necessario che si trovasse al momento della morte nell'esercizio della tutela.

Qualche autore distingueva, insegnando che non potesse nominar tutore ai figli quel genitore che fosse stato escluso o destituito dalla tutela; ma lo potesse la madre che avesse rifiutato di assumerla, il padre che se ne fosse fatto dispensare (1). L'opinione comune riteneva però necessario sempre, che fosse nell'esercizio della tutela al tempo di sua morte quel genitore, che avesse nominato un tutore testamentario ai figli; epperò considerava come inefficace la nomina, tanto se fosse stata fatta dal genitore escluso o destituito, quanto dal padre che avesse ottenuto dispensa dalla tutela o dalla madre che l'avesse ricusata (2).

Proponevasi ancora un'altra questione, che già accennammo superiormente (3): cioè, se il genitore superstite, che avesse rifiutata la tutela dei figli, o ne avesse ottenuta dispensa, o per qualunque causa fosse nella impossibilità di continuarne l'esercizio, potesse nominare un tutore, che *vivente il genitore* stesso esercitasse la tutela. Alcuni sostennero l'affermativa (4); i più la combatterono (5).

Quest'ultima questione non può neppure esser proposta nel diritto nostro, secondo il quale il genitore superstite non ha una semplice tutela legale sui figli nati dal matrimonio disciolto, ma esercita sovr'essi la patria potestà civile; e questa non è ufficio che si possa mai rifiutare, nè

(1) V. Duranton, t. III, n. 436, IV, n. 438.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 109, n. 2; Chardon, *Des trois puissances*, p. III, t. II, n. 36, 38, 39; Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, sect. II, observ. II; Marcadé, art. 397, § I, t. II, n. 163; Demolombe, t. VII, n. 163; Laurent, t. IV, n. 396.

(3) V. sopra, n. 22, pag. 65.

(4) V. Malleville, art. 397; Toullier, t. II, n. 1102.

(5) V. Delvincourt, l. c.; Chardon, l. c., n. 29; Demolombe, n. 160; Laurent, l. c.

da cui sia possibile, per una causa qualsiasi, per quanto grave, ottenere dispensa (1). Che se il genitore superstite si trovi di fatto nella impossibilità di esercitare convenientemente l'ufficio che gl'incombe verso i figli soggetti alla sua potestà, egli può incaricarne un mandatario di sua scelta, che agisca sotto la sorveglianza e la responsabilità sua; ma non gli è possibile cambiare lo stato dei figli, e considerandoli come costituiti in tutela, esonerare sè stesso dagli obblighi e dalla responsabilità che per legge gli incombono, col nominare ai figli stessi un tutore.

Quanto alla prima delle indicate questioni, è certo che neppur essa poteva presentarsi nel diritto nostro sotto quell'aspetto in cui era discussa dagli interpreti del codice francese; poichè l'ufficio del genitore superstite verso i figli nati dal matrimonio disciolto non essendo presso noi di semplice *tutela legale*, ma di patria potestà, non è caso di parlare di esclusione, di destituzione, di rifiuto, di scusa dalla tutela; epperò i termini del quesito sono fondamentalmente cambiati. Restava nondimeno la parte sostanziale del dubbio, che il nostro legislatore reputò opportuno di risolvere con una disposizione espressa, dichiarando nell'art. 243, già sopra riferito, che *non può aver effetto la nomina di un tutore, se il genitore da cui emana non era al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà.*

La qualità, che per legge attribuisce il diritto di nominare un tutore ai figli minorenni, consiste pertanto nell'*esercizio della patria potestà;* e tale qualità deve esistere nell'autore della nomina *al momento in cui avviene la morte di lui;* è indifferente poi che questa qualità siasi o no verificata ugualmente nel tempo anteriore e alla data stessa dell'atto di nomina del tutore.

Tali sono le massime che risultano manifestamente dalla disposizione dell'art. 243, e che d'altronde sono perfettamente conformi ai principii. La nomina del tutore testa-

(1) V. vol. VII, n. 182, pag. 404 e segg.

mentario — come già dimostrammo — è un atto d'autorità dipendente dalla patria potestà del genitore sui figli minorenni; la facoltà che gliene concede la legge è un mandato, di cui essa lo investe nell'interesse dei figli medesimi. Questa autorità, questo mandato, si esercita giuridicamente dal genitore nel momento in cui, per effetto della nomina da lui fatta, egli riveste legalmente la persona, che designa, dell'ufficio di tutore; cioè nell'istante in cui la tutela si apre, in cui si estingue la vita del genitore stesso. È dunque logico che in quell'istante medesimo, e in quello soltanto, debbasi verificare in lui la qualità necessaria, debba egli avere effettivamente l'autorità e il mandato che esercita. Poco importa se quella qualità gli sia mancata anteriormente, se non l'abbia avuta al momento stesso in cui faceva la disposizione; giacchè in qualunque tempo sia avvenuta la manifestazione della volontà sua a questo proposito, giuridicamente però è solo nell'ultimo istante di sua vita, ch'egli, esercitando il mandato che la legge gli conferiva, ha rivestita dell'ufficio di tutore la persona da lui designata. Così, supposto che il genitore, in istato di *assenza presunta*, avesse fatto nelle forme di legge atto di nomina d'un tutore ai proprii figli, soggetti allora ad un tutore temporaneo a norma dell'art. 47, e ritornato poi l'assente e ripreso l'esercizio della patria potestà fosse morto conservandolo ancora a quel momento, la nomina del tutore testamentario sarebbe efficace; quantunque l'esercizio della patria potestà mancasse di fatto al disponente nel momento dell'atto di nomina. Sarebbe altrimenti se il genitore fosse stato interdetto per infermità di mente, e in lucido intervallo avesse nominato il tutore ai figli; poi, prosciolto dalla interdizione, fosse rientrato e fosse morto nell'esercizio della patria potestà. Nondimeno la nomina del tutore non potrebbe avere effetto; non già perchè il genitore non fosse nell'esercizio della patria potestà al tempo di quella nomina, ma perchè essa non potendosi mai considerare altrimenti che come un *atto d'ultima*

volontà, questo atto sarebbe intrinsecamente nullo per incapacità del disponente, a causa della interdizione giudiziale (arg. art. 763, n. 2, e § ult. cod. civile).

Abbiamo detto che la qualità necessaria, secondo la legge, per attribuire al genitore rimasto superstite il diritto di nominare un tutore ai figli, consiste nell'*esercizio della patria potestà*. Le applicazioni però che può avere questa massima, apparentemente tanto semplice, non sono senza alcune difficoltà; a risolvere le quali importa, prima di tutto, distinguere diversi casi.

Può darsi che il genitore, al tempo di sua morte, sia privo non solo dell'esercizio, ma *del godimento* stesso della patria potestà.

Può essere che ne abbia perduto *soltanto l'esercizio;* e ciò può avvenire — come osservammo altra volta — per cause o *di diritto* o *di fatto*, ma ancora in due modi diversi: o per qualche *impedimento generale e permanente*, o per qualche *impedimento particolare e relativo soltanto ad alcuni atti determinati* (1).

Se il genitore rimasto superstite sia incorso al tempo di sua morte nella perdita della patria potestà per effetto di condanna penale, sicchè non il solo esercizio, ma il godimento stesso della patria potestà gli manchi a quel tempo, non vi ha dubbio che la nomina di un tutore ai figli, ancorchè fatta da quel genitore nel tempo in cui godeva ancora dei diritti di patria potestà, non potrà avere alcun effetto.

La massima, ammessa dalla dottrina francese, che il genitore privato per qualunque causa legale della patria potestà sia decaduto dal diritto di eleggere un tutore ai proprii figli (2) è espressamente confermata dal testo del nostro art. 243.

Veniamo ora all'altra categoria di casi, in cui il genitore superstite, pur conservando il godimento del diritto

(1) V. vol. VII, n. 157-161, pag. 336, 348.
(2) V. Duranton, t. III, n. 436; Aubry et Rau, t. I, § 100, n. 8.

di patria potestà, siasi però trovato privo dell'esercizio di esso al momento della sua morte. Prima di scendere alle questioni particolari, che in proposito possono presentarsi, sarà bene affrontare due dubbi di massima, a cui le espressioni dell'art. 243 lasciano luogo. Questo articolo parla del genitore *che al tempo di sua morte non era nell'esercizio della patria potestà*. Ma intende di riferirsi alla *mancanza legale* di questo esercizio, o vuol comprendere anche i casi nei quali tale mancanza si verifichi *di fatto* soltanto, e *non di diritto?*

Poi, vuol parlare della mancanza completa di esercizio della patria potestà in tutti i varii suoi attributi, o basta che il genitore superstite non sia nell'esercizio di qualcuno di essi, e, in caso, di quale?

All'uno ed all'altro quesito non pare difficile il rispondere, prendendo norma da un principio fondamentale che abbiamo dimostrato sopra. Abbiamo detto che la nomina del tutore è un atto di autorità che il genitore superstite esercita sulla persona del figliuol suo; e lo esercita come attributo della patria potestà che sul figlio medesimo gli appartiene, e in virtù di un mandato speciale che gliene conferisce la legge. Se il genitore superstite, al tempo di sua morte, è privo legalmente dell'esercizio di tutti, in generale, gli attributi della patria potestà, quantunque di questa conservi il godimento, è quindi naturale che non possa nemmeno avere effetto la nomina da lui fatta d'un tutore ai suoi figli; poichè questa pure costituirebbe l'esercizio, ch'egli farebbe nell'ultimo istante di sua vita, d'uno degli attributi della patria potestà. Ma se di diritto egli sarebbe tuttora investito del pieno esercizio di tutti gli attributi della patria potestà, perchè mai gli sarebbe tolto l'esercizio di questo, consistente nella facoltà di nominare un tutore ai figli, per la sola circostanza che *di fatto* egli si trovasse nella impossibilità di esercitare gli altri? E su che potremmo fondarci per ritenere che lo privi di questo mandato la legge, che pure gli conserva tutti,

generalmente, i poteri dipendenti dalla patria potestà, tra i quali si comprende anche quello di eleggere un tutore testamentario ai figli?

Se poi il genitore, al tempo di sua morte, si trova privato per legge dell'esercizio di qualche speciale attributo della patria potestà, ma conserva tuttora gli altri, e specialmente può esercitare quelli che si risolvono in atti di autorità sulla persona del figlio, pare evidente che neppur questo caso possa cadere sotto la disposizione dell'art. 243. Che importa se il genitore non possa esercitare altri poteri, concernenti, per esempio, l'amministrazione dei beni del figlio, mentre però abbia ancora facoltà, a norma di legge, di fare gli atti di autorità che gli sono attribuiti sulla persona del figlio stesso, poichè egli esercita appunto uno di questi atti allorchè gli nomina un tutore?

La conclusione pertanto — e non la crediamo dubbia — sarebbe che secondo l'art. 243 *non ha effetto la nomina di un tutore fatta dal genitore, che al tempo di sua morte era privo legalmente dell'esercizio della patria podestà in tutti i suoi attributi;* ma che alla validità di quella nomina non fa ostacolo la semplice *mancanza in fatto dell'esercizio della patria potestà*, nè l'essere il genitore privato anche legalmente dell'esercizio di alcuni degli attributi di essa, qualora conservi la facoltà di esercitare sulla persona del figlio quegli atti di autorità che sono una dipendenza della patria potestà medesima.

Applichiamo ora questi principii ai casi particolari controvertibili; e prima occupiamoci di quelli d'una *causa di diritto*, dalla quale sia derivato un *impedimento permanente e generale* all'esercizio della patria potestà. Supponiamo dunque che il genitore superstite, mentre era in istato di piena capacità, abbia fatto nelle forme di legge la nomina d'un tutore ai suoi figli; ma sottoposto poi ad interdizione per abituale infermità di mente, sia morto in questo stato.

L'atto di nomina del tutore potrebbe essere considerato per sè come valido, perchè fatto da persona che allora era

capace, e nelle forme dalla legge richieste. Ma non osterà, a senso dell'art. 243, la circostanza che il disponente *non era al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà?* Appena è lecito il dubitarne. La interdizione giudiziale del genitore è per certo una *causa che lo priva legalmente dell'esercizio della patria potestà*, e non soltanto per qualche atto particolarmente determinato, ma *per tutti, in generale, gli attributi della patria potestà* stessa. Siamo dunque, secondo le massime sopra dimostrate, nei precisi termini dell'art. 243. Sarebbe strano davvero il pensare che la legge, la quale colpisce l'interdetto d'una incapacità generale per tutti gli atti della vita civile, lo reputasse poi capace di esercitare, per mandato della legge stessa, l'ufficio importantissimo di dare un tutore ai figli. Sia pure — come abbiamo pensato — che possa sostenersi la validità di atti, compiuti dal genitore interdetto in un lucido intervallo, qualora tali atti non riguardino l'amministrazione dei beni, ma *l'autorità sulla persona del figlio* (1). Bisogna però riflettere all'indole affatto particolare di quest'atto di autorità, consistente nella nomina di un tutore testamentario. Esso è una facoltà creata dal puro diritto positivo, si esercita per un mandato specialissimo della legge, la quale lo subordina alla condizione espressa che il genitore si trovi al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà; e intende naturalmente quell'esercizio legale, pieno e libero di essa, che solo può dar guarentigia che tale mandato venga convenientemente eseguito nell'interesse del figlio: ciò che di certo non si verifica rispetto a quel genitore il quale per abituale infermità di mente sia stato sottoposto ad interdizione giudiziale.

Non sembra dunque potersi porre seriamente in forse che nell'art. 243, dichiarando di niun effetto *la nomina di un tutore fatta dal genitore, che al tempo di sua morte non era nell'esercizio della patria potestà*, siasi inteso di com-

(1) V. vol. VII, n. 158, pag. 338, 340.

prendervi anche il caso in cui a questo tempo il genitore si trovi in istato d'interdizione giudiziale.

E ciò posto, che importa poi s'egli non si trovasse in uguale stato alla data dell'atto di nomina del tutore, se la sentenza d'interdizione sia posteriore a quest'atto? Il mandato speciale della legge, in virtù di cui il genitore investe legalmente dell'ufficio di tutore pei suoi figli una persona da lui eletta, egli lo esercita giuridicamente all'ultimo istante di sua vita, quando appunto si fa luogo all'aprimento della tutela. Se in tale momento gli manca la qualità necessaria — perchè non si trova nell'esercizio legale della patria potestà — a nulla può giovargli l'averla avuta anteriormente, al tempo in cui faceva anticipatamente quella disposizione la quale non doveva assumere efficacia legale che al momento della sua morte.

Pensiamo ora a quelle *cause di diritto*, dalle quali deriva *impedimento temporaneo e particolare* all'esercizio della patria potestà per determinati atti.

Tra esse è lo stato di emancipazione legale in cui si trova il genitore minore di età. Ma intorno a ciò fu già dimostrato che la minorità del genitore superstite non gl'impedirebbe nè limiterebbe in alcun modo l'esercizio della facoltà di nominare un tutore testamentario ai suoi figli (1).

La *interdizione legale* — a cui, per condanna all'ergastolo od alla reclusione per un tempo maggiore di 5 anni, sia o possa essere soggetto il genitore superstite durante la pena, secondo il disposto dall'art. 33 cod. penale — non priva legalmente il genitore stesso dell'esercizio della patria potestà per tutti gli attributi di essa, ma per ciò solo che riguarda l'*amministrazione dei beni* dei figli (2). Se anche pertanto quel genitore sia morto durante la espiazione della pena, non potrà dirsi però che egli *non fosse nell'esercizio della patria potestà* nel senso inteso dall'art. 243; nè quindi

(1) V. sopra, n. 24, pag. 67 e segg.
(2) V. vol. VII, n. 153, pag. 328, n. 159, pag. 340.

mancherà di effetto la nomina d'un tutore ch'egli abbia fatto pei figli suoi (1).

Può darsi che quantunque il genitore superstite si trovi al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, gliene sieno però stati in qualche modo limitati i poteri per cause ammesse dalla legge; come avviene nei casi di *abuso*, a norma dell'art. 233 cod. civile.

Il *Borsari* ha detto egregiamente che non ostante l'applicazione del predetto articolo “ i sommi diritti della “ patria potestà rimangono tuttavia, nè la comminatoria “ di quell'articolo si estende punto sino alla privazione “ del diritto che l'art. 235 concede al padre, e ad amendue “ i genitori l'art. 242 „ (2). Abbiamo infatti dimostrato a luogo opportuno che i provvedimenti per abuso, ammessi dal citato articolo 233, non fanno che apportare speciali limitazioni nell'esercizio degli attributi della patria potestà, e la lasciano sussistere, anche quanto all'esercizio effettivo, per tutti gli altri poteri fuor di quelli a cui specialmente ed espressamente si riferiscano le limitazioni decretate dal tribunale (3). Come mai potrebbe dunque sostenersi che se il genitore superstite, per abusi commessi, fosse stato colpito da qualcuno dei provvedimenti indicati nell'art. 233, egli non sarebbe più *nell'esercizio della patria potestà*, nel senso dell'art. 243? Pure è ciò che professa un altro scrittore, allegando che “ a riguardo di quel genitore “ che abbia provocato dal tribunale dei provvedimenti “ per abuso nell'esercizio della patria potestà „ questo esercizio *non è pieno e completo* (4). Ma l'art. 243 esige bensì che il genitore superstite, il quale nomini un tutore ai figli, sia al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, ma non richiede che questo esercizio non sia in

(1) V., *contra*, Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. I, n. 389, pag. 499.

(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 242, vol. I, § 560, pag. 881.

(3) V. vol. VII, n. 306, pag. 863-866.

(4) V. Ricci, l. c.

alcuna parte o maniera limitato; e l'aggiungere un tale requisito sarebbe una restrizione arbitraria della capacità ad un diritto attribuito dalla legge, che si farebbe oltre i termini stabiliti dalla legge medesima. Ammettendo questo ulteriore requisito, bisognerebbe poi, per essere coerenti, ritenere ancora che non potesse nominare un tutore ai suoi figli la madre, alla quale il marito premorto avesse prescritte norme obbligatorie per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni, — secondo l'art. 235 — nè la madre che, essendo passata a nuovo matrimonio, avesse perduta l'amministrazione dei beni dei figli per deliberazione del consiglio di famiglia (art. 237) o per legge, non avendo prima del matrimonio fatto convocare il consiglio (art. 238); poichè qui pure è certo che *l'esercizio della patria potestà non è più pieno e completo*. Nessuno ha pensato a ciò, e nessuno probabilmente vorrebbe sostenerlo. Ma — si soggiunge — il genitore che ha commesso abusi non presenta più una seria guarentigia che la nomina da lui fatta di un tutore sia vantaggiosa all'interesse dei figli! La proposizione è forse troppo assoluta, se si considera la indefinita varietà e gradazione che può verificarsi nella natura e nella gravezza degli abusi. In ogni modo sarebbe spettato al legislatore, che conferisce al genitore il mandato per dare un tutore ai figli, lo stabilire che gli cessasse tale mandato per questa causa, se la si fosse reputata abbastanza grave. Nel silenzio della legge, sarebbe arbitrio incomportabile il creare una decadenza da essa non pronunciata.

Ci resterebbe di parlare delle *cause di fatto*, le quali oppongano all'esercizio della patria potestà un impedimento o generale e permanente, o particolare e temporaneo. Ma poichè ci è parso che l'art. 243 abbia contemplata la *mancanza legale* dell'esercizio della patria potestà, e non la semplice mancanza di esso *in fatto*, questo principio vale da sè a risolvere tutti i casi speciali, che in questo aspetto possano presentarsi; ritenendo che nessuna

delle cause predette possa rendere di niuno effetto la nomina del tutore che il genitore abbia fatta. — Così, se quest'ultimo, al tempo di sua morte, fosse stato *infermo di mente*, anche *abitualmente*, senza però essere interdetto, la nomina che egli avesse fatta d'un tutore pei figli — purchè, s'intende, l'atto relativo fosse stato compiuto in un lucido intervallo — non mancherebbe di effetto a norma dell'art. 243.

Ma che sarebbe nel caso di *assenza* del genitore ch'era rimasto superstite? Supponiamo prima che l'*assenza fosse semplicemente presunta*. I figli saranno provveduti di un *tutore temporaneo*, a norma dell'art. 47 cod. civ. Ma se in seguito verrà a provarsi la morte del genitore assente, si verificherà l'aprimento definitivo della tutela; e se il genitore stesso abbia lasciato un testamento od un atto notarile, in cui nominasse un tutore ai figli, tale sua disposizione avrà effetto, senzachè nuoccia il non essersi egli trovato al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, perchè questo gli mancava *di fatto, ma non di diritto*.

Supponiamo ora che *l'assenza fosse dichiarata*. Essa avrà dato luogo senz'altro all'aprimento della tutela (art. 241 cod. civ.) ed insieme all'esecuzione degli *atti d'ultima volontà dell'assente* (art. 26 cod. civ.). Se dunque egli abbia lasciato l'atto di nomina d'un tutore pei figli suoi, questo avrà il suo pieno effetto; nè si potrà opporre che quel genitore non fosse al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, a cagione dell'assenza, poichè è l'assenza stessa dichiarata che legalmente equivale alla morte, ond'è che quel genitore è stato *di diritto* nell'esercizio della patria potestà sino a quel momento in cui si considera per legge come se ne fosse avvenuta la morte.

Ma possiamo fare un'altra ipotesi: che al tempo della dichiarazione di assenza, non conoscendosi un tutore testamentario nominato dal genitore assente, siasi dato luogo alla tutela legittima o dativa; più tardi poi, provata la morte dell'assente, *avvenuta posteriormente alla sentenza*

dichiarativa dell'assenza, siasi scoperto anche un testamento in cui fosse nominato un tutore ai figli. Nondimeno non cesserà per questo la tutela legittima o dativa, non le si sostituirà la testamentaria; perchè il genitore al tempo di sua morte non avrà avuto l'esercizio della patria potestà, non solo di fatto, ma neppure di diritto, trovandosi allora già aperta, in causa dell'assenza dichiarata di lui, la tutela dei figli.

Il requisito che il genitore, per poter nominare un tutore ai figli, debba essere al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, farebbe pensare alla impossibilità di dare un tutore testamentario al *figlio postumo:* perciocchè della patria potestà non è concepibile l'esistenza se non rispetto ad un figlio che sia già nato. E in generale è vero, secondo il diritto nostro, che il padre non può nominare un tutore pel figlio il quale alla morte del padre stesso sia ancora nel seno materno; ma ciò per una ragione ben diversa, perchè la facoltà di nominare un tutore ai figli non spetta che *a quello dei genitori che rimane superstite*, e la nomina d'un tutore, fatta dal padre pel figlio postumo, lederebbe i diritti di patria potestà della madre. Per quanto però abbiamo superiormente dimostrato, se il genitore superstite sia incorso per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà, può valere la nomina di un tutore fatta dal genitore predefunto (1). Per questo singolar caso potrebbe dunque essere necessario di rispondere al quesito: se alla nomina del tutore, fatta dal padre premorto, faccia ostacolo il non aver esso avuto l'esercizio della patria potestà sul figlio postumo. Ma la risposta non può essere malagevole. È principio accettato come assioma, e consacrato dal diritto positivo, che una persona solamente concepita debba parificarsi a quella già nata per ciò che sia di suo interesse. Or non è forse nel puro interesse del figlio la facoltà attribuita dalla legge al genitore

(1) V. sopra, n. 25, pag. 70 e segg.

di eleggere la persona che abbia ad esercitarne la tutela? E non è per la stessa ragione che l'art. 224 deferisce al padre l'ufficio di rappresentare in tutti gli atti civili i figli *tanto nati quanto nascituri?* Anche pel figlio postumo deve dunque il padre avere la facoltà di nominare un tutore testamentario, qualora la madre, in conseguenza di condanna penale, sia incorsa nella privazione della patria potestà. Chè anzi basterebbe che il padre, avendo altri figli nati dal medesimo matrimonio, avesse nominato ad essi un tutore testamentario, perchè l'effetto di tale nomina dovesse senz'altro estendersi anche pel figlio postumo. Questa massima, ammessa già dagl'interpreti del diritto romano, e accolta anche nel codice Albertino (art. 245, § ult.), è tanto più certa nel diritto nostro; inquantochè essendovi stabilito che “ qualunque sia il numero dei figli, “ non possa esser loro nominato che un solo tutore „ (art. 246, § 1, cod. civ.), diventa una necessità che il tutore nominato pei figli già viventi eserciti l'ufficio suo anche pel postumo (1).

27. Quanto alle forme in cui la nomina del tutore possa aver luogo, il paragrafo secondo dell'art. 242 stabilisce ch'essa *dev'esser fatta per atto notarile o per testamento.*

L'importanza dell'atto consigliava a circondarlo di speciali solennità; e ciò si è ottenuto prescrivendo che debba essere ricevuto da un notaio pubblico, o sia fatto in testamento, che è per sè stesso un atto solenne.

Il codice Francese (art. 392, 398), il Napoletano (articoli 314, 320), l'Albertino (art. 250), ammisero una terza forma, consistente nella dichiarazione che il genitore facesse davanti al giudice assistito dal cancelliere. All'opposto il codice Parmense (art. 162) e l'Estense (art. 199) non permettevano che la nomina si facesse in altra forma che *per testamento*.

(1) V. Buniva, vol. II, pag. 222, n. 1.

Gli autori del codice Italiano stimarono opportuno, nell'interesse del minore stesso, di ampliare i mezzi coi quali il genitor suo potesse dargli un tutore; nè quindi restrinsero questa disposizione a potersi fare unicamente nell'atto in cui il genitore medesimo disponesse delle proprie sostanze pel tempo di sua morte. Ma d'altra parte esclusero la dichiarazione verbale davanti al giudice, e prescrissero che se la nomina del tutore non facesse parte del testamento del genitore, fosse fatta almeno in atto di notaio.

È superfluo aggiungere che queste forme sono *di essenza* dell'atto, sicchè la loro mancanza lo farebbe considerare assolutamente come *inesistente in diritto.*

Questo concetto risultava forse più chiaramente dalla forma in cui era espressa la corrispondente disposizione negli articoli 211 del progetto ministeriale e 255 del progetto senatorio, dove era detto che: " La nomina *non può* " *essere fatta che per atto di notaio o per testamento* ". Ma non ostante che siasi abbandonata nell'attuale articolo 242 la *formola proibitiva*, ciò non cambia la sostanza della cosa. La facoltà data ad un privato di conferire un ufficio d'interesse pubblico è una speciale concessione della legge, e per la sua stessa natura dev'esserne limitato rigorosamente l'esercizio da quelle condizioni che la legge stessa ha stabilite. Questa condizione di forma estrinseca, consistente nel doversi fare la nomina del tutore per atto notarile o per testamento, è dunque indispensabile; e la inosservanza di essa fa sì che la nomina si avveri all'infuori del mandato della legge, e debba quindi considerarsi come non avvenuta. Di che deriva dunque l'importante conseguenza, che se l'ufficio di tutore fosse esercitato da persona nominata dal genitore in altra forma che per atto notarile o per testamento, quella tutela sarebbe *di fatto*, non *di diritto*.

Quando la nomina del tutore avvenga per atto notarile, non è necessario l'adempimento d'altre formalità che le comuni di tali atti; quando avvenga *per testamento*, basta

che l'atto contenga le forme che la legge prescrive a pena di nullità pel testamento.

Quanto a quest'ultimo caso è notevole la differenza tra l'espressione del corrispondente articolo 398 combinato col 392 del codice Francese, e quella del nostro art. 442. In quello era detto potersi fare la nomina del tutore *nelle forme di un atto di ultima volontà*. E i commentatori ne deducevano che " l'atto fosse valido quando anche non " contenesse nessuna disposizione di beni, e non costituisse " quindi veramente *un testamento:* perchè la legge non " diceva — *per testamento* — ma *per atto d'ultima volontà* — " e in quest'ultimo modo poteva rettamente qualificarsi " anche la disposizione che riguardasse unicamente la " tutela dei figli „ (1). Nel nostro codice, al contrario, si è detto farsi la nomina del tutore *per testamento;* il che fa supporre che di testamento vi sia non solo la forma esteriore, ma ciò che ne costituisce l'essenza, che cioè vi si contengano le disposizioni delle sostanze del genitore pel tempo in cui egli avrà cessato di vivere (art. 759 cod. civ.). Ciò infatti è anche conforme a ragione. La legge si proponeva di dare all'atto di nomina del tutore una conveniente solennità. Il testamento propriamente detto, in qualunque forma sia, anche privata, è sempre un atto solenne; e la stessa natura e serietà del suo oggetto offre garanzia della ponderazione con cui è fatta la nomina del tutore che vi si contiene. Ma se, all'opposto, bastasse la forma esteriore del testamento, ancorchè l'atto non recasse altra disposizione che quella relativa alla tutela dei figli, è chiaro che tale garanzia scomparirebbe; e bastando anche la *fòrma olografa* del testamento, non sarebbe più vero che la legge avesse assicurata la solennità dell'atto esigendo ad essenza ch'esso fosse ricevuto da notaio, ed escludendo quindi la semplice scrittura privata, ma invece sarebbe sufficiente anche quest'ultima, purchè oltre la sottoscrizione, ordina-

(1) V. Marcadé, art. 398, § II, t. II, n. 189.

riamente bastante, fosse anche scritta per intiero e datata di mano del disponente (art. 775 cod. civ.).

28. Nella scelta del tutore la facoltà del genitore a cui spetta è libera, senza altri limiti fuorchè quelli derivanti dalle disposizioni con cui la legge ha stabilito, contro certe persone, alcune cause d'incapacità a tale ufficio (art. 268-270 cod. civ.).

Si può quindi eleggere — come è espresso nell'art. 242 — *un parente* od anche *un estraneo;* e questo a preferenza ancora di coloro che sarebbero chiamati alla tutela legittima. Neppure è escluso — tutti ne convengono — che la madre possa nominare tutore dei figli di primo letto il suo secondo marito.

Ciò però che rimane fermo è che *non possa mai nominarsi più d'un tutore.* L'art. 246 lo dichiara espressamente pel caso che presentava maggiori motivi di dubbio; quando cioè siano più i figli alla cui tutela si deve provvedere. Poteva in tal caso apparire ragionevole il dare a ciascuno di quei figli un tutore, specialmente quando nell'amministrazione dei beni potesse fra loro verificarsi opposizione d'interessi. E nondimeno il legislatore ha stimato tanto importante nell'interesse dei tutelati il principio — di cui già parlammo altra volta (1) — dell'unità nell'amministrazione, da volere che, sebbene essendovi più figli fosse tutt'altro che assurdo il nominare per ciascuno di essi un tutore diverso, che individualmente lo rappresentasse negli atti civili, ne curasse la persona, ne amministrasse i beni, pure debbano essere tutti soggetti ad un solo tutore per ciò solo che uno è il patrimonio da amministrarsi. Dispone infatti l'art. 246 sopracitato che " qualunque sia il numero dei figli non può essere loro nominato che un solo tutore „. E quantunque sia opinione di qualche commentatore che tale disposizione riguardi veramente la sola

(1) V. sopra, n. 15, pag. 40 e segg.

tutela dativa in ispecie, è però certo, per le ragioni che dimostrammo nel luogo sopra citato, ch'essa comprende anche la *testamentaria;* chè anzi a questa sembrerebbe quasi riferirsi più specialmente, poichè parla dei *figli*, supponendo così che sia *il genitore* che elegga per essi il tutore. L'applicazione della massima predetta, stabilita nel primo paragrafo dell'articolo 246, non soffre difficoltà quando i figli, dei quali si apre la tutela per la morte del genitore rimasto superstite, siano nati tutti da un medesimo matrimonio. Non ostante che siano più le persone da tutelarsi, essendo però comune tra loro il patrimonio da amministrare, vi è bastante motivo per giustificare quella unità che la legge ha voluto stabilire nella tutela, vietando che si possa nominare più d'un tutore. Ma supponiamo invece il caso, se non frequente, possibilissimo, che il genitore superstite lasci figli nati da differenti matrimoni. Questi figli avranno comuni tra loro i beni in cui succedono al loro genitore morto da ultimo: ma potranno anche avere un altro patrimonio ereditato precedentemente e separatamente dall'altro loro genitore rispettivo. Non vi è dunque più quella unità di amministrazione, che giustifichi la unicità del tutore. E al contrario non sarebbe perfettamente ragionevole che il padre, per esempio, potesse destinare ai figli natigli dalla prima sua moglie un tutore, e un altro nominarne pei figli avuti dalla seconda moglie, premorta parimente a lui, scegliendo quei tutori nella famiglia materna rispettiva dei propri figli? Non sarebbe così provveduto meglio all'interesse di questi minori, affidandoli alle cure di quelli che alla saggezza ed alla probità necessarie uniscano, per ragione di parentela, una maggiore affezione verso gli uni e verso gli altri rispettivamente? D'altra parte non è strano il supporre che nella disposizione dell'art. 246 si sia preveduto il solo caso più comune, e siasi inteso di stabilire che “ qualunque sia il “ numero dei figli, *nati da un medesimo matrimonio*, non “ possa esser loro nominato che un solo tutore „.

Nondimeno par chiaro che questo modo d'interpretare la legge, considerando come sottintese quelle parole — figli *nati da un medesimo matrimonio,* — introdurrebbe nel testo una distinzione ch'essa non fa: al che si oppongono i principii. L'articolo parla di figli dei quali si apra la tutela per l'identica causa, per la morte del loro genitore comune, ch'era rimasto superstite; senza distinguere se avessero o no parimente comune l'altro genitore premorto. E poichè la legge dice chiaro che a quei figli non possa mai essere nominato che un solo tutore, sarebbe arbitrario il ritenere questa massima solo per un caso e non per l'altro. D'altronde questi figli avranno sempre comuni fra loro i beni nei quali succedono a quel genitore la cui morte fa luogo per loro all'aprimento della tutela; e ciò basta per giustificare la disposizione della legge, che tale tutela debba essere affidata per essi tutti ad una sola persona. L'essere nati da differenti matrimoni potrà portare ch'essi abbiano inoltre altri beni provenienti dall'altro loro genitore rispettivo; ma ciò non toglie il motivo della legge, consistente nella convenienza che sia unica l'amministrazione di quei beni che sono comuni tra i minori per la loro consuccessione al genitore la cui morte ha dato luogo all'aprimento della loro tutela. Anche quando fossero germani, potrebbero pure aver beni particolari provenuti da successioni testamentarie a cui non avessero preso parte in comune; e tuttavia non cesserebbe certamente perciò d'essere applicabile la regola che dovesse essere nominato un solo tutore.

Questa prima parte dell'art. 246 può ancora presentare un altro dubbio. La proibizione di nominare più di un tutore è riferibile soltanto al concorso contemporaneo di più persone nella gestione della tutela? Potrebbero nominarsi più tutori ad uno o più figli, quando il disponente non avesse chiamati quelli ad esercitare contemporaneamente la tutela, ma l'uno in mancanza dell'altro, sia prevedendo il caso che il primo nominato venisse a morire

durante la tutela, o ne fosse rimosso, ed ordinando che allora gli subentrasse nell'ufficio un tale altro; sia per l'evento che il primo nominato premorisse all'aprimento della tutela, o ne fosse incapace, o chiedesse ed ottenesse dispensa? Non si possono confondere i due casi che abbiamo ora accennati.

Se il genitore rimasto superstite abbia nominato ai suoi figli un tutore, e pel caso ch'esso venisse a morire durante la tutela, o per qualunque causa avesse a cessarne, abbia pur nominato un secondo tutore, che debba subentrare al primo, evidentemente quest'ultima nomina sarà subordinata alla *condizione sospensiva* che la tutela cessi nel primo nominato. Ora abbiamo dimostrato che ogni nomina di tutore deve essenzialmente essere *pura e semplice*, e che qualunque condizione vi sia apposta è nulla, e rende di niuno effetto la nomina stessa (1). Sarà dunque, in tal caso, valida la nomina del primo tutore, e nulla quella del secondo. È vero che qui l'ufficio del primo tutore verrebbe a cessare naturalmente, e non per effetto d'una disposizione arbitraria del testatore. Ma ciò non ostante sarebbe ugualmente violata la legge; la quale non deferisce al genitore superstite la facoltà di nominare un tutore, se non in quanto questi debba assumere immediatamente l'esercizio della tutela subentrando senza interruzione di tempo con questo suo ufficio a quello di patria potestà che cessa nel disponente. E infatti come potrebbe il genitore, in un tale atto di nomina eventuale di un altro tutore, corrispondere a quella fiducia che in lui ripose la legge? Come potrebbe giudicare della convenienza di questa nomina nell'interesse del tutelato, mentre nel frattempo in cui continuasse nell'esercizio dell'ufficio suo il primo tutore potrebbero avvenire tali cambiamenti di circostanza da rendere dannosissima quella scelta dell'altro tutore, che pur fosse stata

(1) V. sopra, n. 14, pag. 29 e segg.

pienamente opportuna al tempo della morte del disponente? (1).

La cosa è ben diversa se il genitore superstite abbia sostituito un secondo tutore al primo da lui stesso nominato, pel caso che questi o non gli sopravviva, o al tempo di sua morte non possa per una delle cause stabilite dalla legge assumere la tutela, o non lo voglia e parimente per una causa legale ne ottenga dispensa. Allora, in mancanza del primo tutore, il secondo nominato assume immediatamente l'ufficio della tutela fin dal tempo della morte del disponente, e subentra tosto coll'esercizio di tale ufficio a quello della patria potestà allorchè questa si estingue nel disponente stesso. Cessano quindi tutti i motivi sopraccennati per negare valore a questa disposizione del genitore superstite; la quale pertanto deve sortire il suo pieno effetto. In realtà, quando al momento della morte del genitore il primo tutore da lui nominato non può per qualunque causa entrare in ufficio, la nomina sussidiaria dell'altro si trova essere, a quel momento stesso, pura e semplice; ed è unicamente all'istante dell'apertura della tutela, non alla data dell'atto di nomina del tutore, che bisogna avere riguardo; perchè quella nomina, in qualunque tempo sia avvenuta, deve considerarsi come se fosse fatta nell'ultimo istante di vita del disponente.

Abbiamo osservato che se vi era motivo, che potesse giustificare la nomina di più tutori ai figli lasciati dal disponente, esso sarebbe dipeso principalmente dalla possibilità d'un conflitto d'interesse tra i figli stessi. Negando, ciò non ostante, per le ragioni sopra notate, la facoltà di nominare più tutori, la legge volle però provvedere in altro modo a questa possibile collisione tra i tutelati; epperò stabilì nel secondo paragrafo del medesimo articolo 246 che “ nascendo conflitto d'interessi tra minori

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 229.

“ soggetti alla stessa tutela, si provvederà nel modo indi-
“ cato nell'articolo 224 „.

Sappiamo già quale sia questo modo, stabilito nel § 3 del citato art. 224, e che consiste nel nominare ai figli un curatore speciale, che li rappresenti in quegli atti particolari nei quali si verifichi la collisione d'interessi. Intorno ai principii che regolano l'applicazione di questo provvedimento, non avremmo che a ripetere quanto esponemmo commentando la citata disposizione; e alle cose ivi dette basta che ci riferiamo ora (1). Notiamo però che mentre nel § 3 dell'art. 245 è contemplato il conflitto d'interessi, tanto *tra i figli soggetti alla stessa patria potestà* quanto *tra essi e il padre*, nel § 2 dell'art. 246 si parla invece soltanto di *conflitto d'interessi che nasca tra minori soggetti alla stessa tutela*. E ciò per la ragione evidente che nei casi in cui sia *l'interesse del tutore che si trovi in opposizione con quello del minore o dei minori soggetti a tutela*, è al *protutore* che spetta di agire per questi e rappresentarli (art. 266, § 1. cod. civ.); nè vi può esser bisogno di ricorrere alla nomina di curatori speciali, postochè il conflitto d'interessi — come si suppone — non si verifichi tra i minori stessi soggetti a tutela. Che se l'opposizione d'interessi fosse ad un tempo tra il tutore ed i minori soggetti alla stessa tutela, e tra questi ancora, l'uno a fronte dell'altro, sarebbe l'art. 246 combinato col 224 che dovrebbe applicarsi, e dovrebb'essere nominato a ciascuno dei tutelati, il cui interesse fosse in conflitto, un *curatore speciale;* nè la rappresentanza d'alcuno di essi potrebb'essere assunta dal protutore, a norma dell'art. 226, § 1, perchè questo funzionario ha ufficio ed obblighi perfettamente uguali verso tutti e ciascuno dei minori soggetti alla stessa tutela, col quale principio sarebbe incompatibile la rappresentanza d'uno o d'alcuni di essi contro l'altro o gli altri.

(1) V. vol. VII, n[i] 197-200, pag. 852-860.

29. La nomina del tutore testamentario può sempre revocarsi da chi è emanata. Ciò è di essenza degli atti di ultima volontà; e abbiamo veduto che tale è sempre il carattere della elezione, che il genitore superstite faccia d'un tutore pei proprii figli, quand'anche ciò avvenga in un atto che non sia testamento (1). Il principio non è dunque per sè suscettibile di contestazione. Se qualche difficoltà è possibile, è solo quanto al modo in cui la revocazione possa farsi. La legge non ha intorno a ciò nessuna disposizione espressa. Ma non per questo sarebbe razionale il ritenere che non fosse necessaria alcuna forma speciale, e bastasse poter provare con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi la mutata volontà del disponente. La nomina del tutore testamentario è un atto solenne. Quando esso sia stato posto in essere, mediante l'adempimento delle formalità stabilite dalla legge, non è ammissibile che possa essere distrutto con un atto che non abbia solennità alcuna, con una manifestazione di volontà fatta in qualsiasi maniera anche tacita. Quel modo che è stato necessario per costituire un rapporto giuridico, dev'essere necessario pure per scioglierlo. Da quest'ultima riflessione deriva dunque, per argomento da ciò che è disposto nel secondo paragrafo dell'art. 242, che la revocazione dell'atto con cui sia stato nominato un tutore testamentario non possa farsi che *per atto notarile o per testamento*. Ma ciò non risponde ancora a tutti i dubbi che possono presentarsi.

È necessario che tra i due modi surricordati sia impiegato per la revocazione quello stesso che servì per la nomina? Non pare che vi sia ragione per stabilire, in mancanza di disposizione legislativa, una regola così rigorosa. La legge ha richiesto per la nomina del tutore testamentario un atto solenne; ma ne ha offerto due forme diverse, che ha considerate come equivalenti l'una all'altra: l'atto notarile e il testamento. La revocazione deve farsi, secondo

(1) V. sopra, n. 23, pag. 66.

i principii razionali del diritto, con quella stessa solennità che è richiesta per l'atto medesimo di nomina. Ma se vi è impiegata realmente una di quelle due forme che la legge ha considerate come ugualmente solenni — tanto che può impiegarsi indifferentemente per la nomina del tutore l'una o l'altra di esse — che importa poi se non sia quella identica con cui la nomina sia stata fatta? Così dunque la nomina fatta per atto notarile potrebb'essere efficacemente revocata nel testamento del genitore; e quella fatta per testamento potrebb'essere revocata mediante atto notarile, colla sola osservanza delle forme ordinarie, senza bisogno che fosse adempita la disposizione dell'art. 917 del codice per la rivocazione del testamento.

Ma varrebbe la rivocazione, che fosse fatta in un atto avente le forme estrinseche del testamento, sebbene mancasse di ciò che è essenziale, mancasse cioè d'ogni disposizione relativa ai beni del testatore? Non lo crediamo; per le ragioni stesse dalle quali ci parve dimostrato che la forma esteriore di testamento, in un atto che testamento veramente non sia, non basti per rendere efficace la nomina, che vi si contenga, d'un tutore ai figli del disponente (1).

Se la nomina del tutore sia stata fatta per testamento, e questo sia stato revocato senza limitazione alcuna, in uno dei modi stabiliti dall'art. 917, la revocazione comprenderà anche quella nomina? Oppure si potrà tuttavia sostenerne l'efficacia, nonostantechè cessi l'effetto di tutte le altre disposizioni contenute nel testamento revocato, e riguardanti le sostanze del testatore? Sembra chiaro, che come la nomina del tutore fa parte integrante del testamento mediante cui è fatta, così la revocazione illimitata di esso tragga seco necessariamente anche quella della nomina predetta.

Ma potrebbe almeno il testatore, revocando il testamento in tutte le disposizioni, che conteneva, relative ai suoi beni,

(1) V. sopra, n. 27, pag. 89, 90.

riservarne espressamente l'efficacia quanto alla nomina, che pur vi era compresa, d'un tutore ai suoi figli? A primo aspetto sembrerebbe che non lo potesse, ritenendo — come abbiamo pensato — che non valga a dar vita ad una tutela testamentaria un atto che abbia le sole forme esteriori di testamento, senz'averne la sostanza; stantechè, revocato il testamento in tutte le disposizioni che vi si contenevano relative ai beni, non rimarrebbe più un atto sufficiente per mantenere efficace la nomina del tutore. Tuttavia è da riflettere che la riserva fatta nell'atto di revocazione, per mantenere la nomina del tutore contenuta nel testamento precedente, equivarrebbe ad una rinnovazione di quella nomina; la quale risultando quindi da testamento o da atto notarile — come è necessario secondo l'art. 917 — parrebbe che dovesse avere piena efficacia.

30. Abbiamo veduto che la facoltà di nominare un tutore testamentario non è attribuita dalla legge che *a quello dei genitori che rimane superstite* (art. 242 cod. civ.). E ciò importa necessariamente la esclusione d'una simile facoltà per qualunque altra persona; non essendo che da una espressa disposizione della legge che possa derivare un mandato d'ordine pubblico, quale è quello di conferire ad una persona l'ufficio di tutore.

Neppure l'avo paterno o materno d'un minore avrebbe dunque il potere di nominargli un tutore, pel tempo in cui avvenendo la morte di quell'avo cessasse la tutela legittima di cui egli fosse investito.

Questa regola, secondo la quale deve considerarsi come tassativa la disposizione dell'art. 242, che al solo genitore superstite conferisce la facoltà di nominare un tutore testamentario, non soffre dunque alcuna eccezione quanto alla *vera tutela*, comprensiva degli uffici risguardanti così la cura e la rappresentanza della persona, come l'amministrazione generale dei beni del minore.

Ma è ammesso, per espressa disposizione dell'art. 247 cod. civ., che " chiunque istituisce erede un minore, può " nominargli un curatore speciale per la sola amministra- " zione delle sostanze che gli trasmette, sebbene il minore " sia sotto la patria potestà ".

Nè questa è una innovazione del codice nostro; chè alcune delle legislazioni anteriori già avevano adottata la stessa massima, conforme alle tradizioni del diritto romano (L. 4, ff. *de conf. tut.*, Dig., XXVI, 3; cod. Austr., § 197; cod. Parm., art. 165; cod. Alb., art. 249; cod. Est., art. 202).

Se però un testo di legge non lo avesse dichiarato, neppure questa facoltà, di nominare un *amministratore speciale pei beni che si lasciassero ad un minore soggetto a tutela*, sarebbe stata ammissibile; poichè riescirebbe ad una limitazione di quei poteri che una legge d'ordine pubblico conferisce al tutore ordinario quando gli attribuisce l'amministrazione generale di tutti i beni appartenenti al tutelato, da qualunque modo di acquisto gli provengano (articolo 277 cod. civ.); e alle leggi d'ordine pubblico non si può derogare mai in nessun modo, per privata volontà. Può osservarsi, è vero, che nonostante una tale disposizione del testatore, le attribuzioni legittime del tutore ordinario rimangono inalterate per tutto ciò che concerne la cura della persona e la rappresentanza del minore e l'amministrazione di tutti gli altri suoi beni; e quanto a quelli che il testatore trasmette al minore stesso istituendolo erede, non è da riguardare come lesivo della legge il sottrarli all'amministrazione del tutore ordinario, affidandola invece ad altra persona, giacchè il testatore avrebbe anche potuto non lasciare al minore le sostanze che gli trasmette sotto quella modalità; che poi il concedere al testatore quella facoltà è conforme all'interesse del minore, giacchè tutto quello che serve ad assicurare la piena efficacia e la perfetta esecuzione della volontà di chi lo benefichi concorre a facilitare le liberalità in favore di lui. Di tutte queste considerazioni fu infatti tenuto conto dal legislatore

nello stabilire la massima dell'art. 247, ed esse servono a giustificarne la disposizione. Ma le stesse ragioni non avrebbero bastato per autorizzare gl'interpreti a ritenere quella massima, se non fosse stata espressamente proclamata dal legislatore: non potendosi disconoscere che l'amministrazione speciale, conferita ad altra persona, di alcuni dei beni formanti parti del patrimonio del minore — fossero pure quelli soli che gli fossero stati lasciati dal testatore che avesse nominato quell'amministratore estraneo — derogherebbe alla legge d'ordine pubblico, che attribuisce al solo tutore ordinario l'amministrazione di tutti i beni del minore soggetto a tutela.

Dalla quale osservazione si trae la importante conseguenza: che la disposizione dell'art. 247 avendosi a considerare come *eccezionale*, e derogante ad una regola generale d'ordine pubblico, si debba tenerla ristretta nelle sue applicazioni entro i limiti rigorosi risultanti dalle parole del testo. E questa massima dimostrammo pure in altra materia, commentando il medesimo art. 247 in quanto contempla specialmente i minori soggetti a patria potestà (1). Considerandolo ora nelle norme generali risguardanti anche i minori soggetti a tutela, dobbiamo occuparci dei seguenti quesiti:

1° Quali persone possono nominare un curatore speciale per l'amministrazione dei beni da esso trasmessi al minore?

2° In quale forma può farsi la nomina del curatore?

3° In che consiste precisamente l'ufficio di lui?

4° Come deve provvedersi nel caso che il curatore nominato non possa o non voglia assumere o continuare ad esercitare le sue funzioni?

31. (*a*) Alla prima delle domande indicate nel numero precedente risponde abbastanza il testo con quelle parole:

(1) V. vol. VI, n. 184, pag. 416-420.

“ *Chiunque istituisca erede un minore* „. L'unica condizione richiesta nella persona, da cui sia nominato un curatore speciale per l'amministrazione di certi beni del minore, è dunque che la persona stessa gli abbia trasmessi quei beni mediante istituzione d'erede. Nulla importa poi che quella persona sia o non legata al minore con rapporti di famiglia, nè quali essi siano. Un estraneo, che istituisca erede il minore, può nominare un curatore speciale, per amministrare le sostanze che gli trasmette, come lo può un parente; e tra i parenti non è da farsi distinzione alcuna. Qualche autore ha osservato doversi “ eccettuare per via “ di favorevole e tacita eliminazione la persona dei geni- “ tori; i quali non subiscono la limitazione di questo di- “ sposto (dell'art. 247) „ (1). E ciò è vero nel senso che il genitore rimasto superstite potendo, a norma dell'articolo 242, nominare ai figli minori di età un tutore, ha in ciò una facoltà che comprende e supera quella di nominare un amministratore delle sostanze ch'egli trasmette ai figli medesimi. Ma non si può dire per questo che la disposizione dell'art. 247 sia affatto estranea ai genitori, i quali non possano in nessun caso approfittarne. Quello dei genitori, che premuore, può bene, istituendo erede il figlio, nominargli un curatore speciale per l'amministrazione delle sostanze che gli trasmette, nonostantechè il figlio rimanga soggetto alla patria potestà del genitore superstite. Ciò è conforme al testo del predetto art. 247, ed alla generalità della espressione con cui esso abbraccia *chiunque istituisca erede un minore*. Ed anche *il genitore che è rimasto superstite*, ha bensì il diritto di nominare al figlio un tutore, e può eleggere a tale ufficio quella persona a cui desidera specialmente che sia affidata l'amministrazione delle sostanze ch'egli lascia al figlio; ma può pure non voler togliere la cura della persona del minore e l'esercizio generale degli uffici di tutore all'avo paterno

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 247, vol. I, § 570, pag. 898.

o materno a cui spetti la tutela legittima, o preferire di lasciare la scelta del tutore al consiglio di famiglia, e tuttavia, per sue ragioni particolari, volere che l'amministrazione dei beni ch'egli lascia al figlio sia esercitata da altra persona in qualità di curatore speciale. E perchè non potrà egli tradurre in atto questo suo legittimo desiderio? Dove troveremo ragione per escluderlo da una facoltà che la legge concede a *chiunque istituisca erede il minore?* Ci è sembrato anzi che nulla osti a potere esercitare contemporaneamente e distintamente ambedue le facoltà concedute dagli articoli 242 e 247: nominando al proprio figlio un tutore, che abbia cura della persona di lui, lo rappresenti negli atti civili, ed amministri i beni che altrimenti gli fossero pervenuti o gli pervenissero appresso, e un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze trasmessegli dallo stesso genitore rimasto superstite (1).

Solamente, non tanto rispetto ai genitori, quanto anche agli ulteriori ascendenti — in tutti i casi, cioè, in cui al minore istituito erede spetti un *diritto di legittima* nella successione del testatore, che gli abbia nominato un curatore speciale per l'amministrazione delle sostanze trasmesse — potrebbe dubitarsi se l'amministrazione speciale di questo curatore dovesse estendersi a tutta l'eredità, o limitarsi alla sola parte *disponibile* di essa. E in quest'ultimo senso si potrebbe allegare, che la quota di eredità, spettante per titolo di legittima al minore, gli perviene in forza della legge, non per virtù della disposizione del testatore; il quale perciò non deve avere facoltà di sottrarre quei beni, che non provengono da liberalità di lui, all'amministrazione legale del tutore. Potrebbesi anche addurre, per argomento di analogia, la disposizione dell'art. 229, n. 1, cod. civile.

Nondimeno sembra preferibile l'opinione contraria. Certamente, se il testatore, istituendo erede il minore, non

(1) V. sopra, n. 15, pag. 40.

gli avesse lasciato più di quella quota di beni che già gli si spetta a titolo di legittima, non sarebbe caso di applicare l'art. 247; non avendosi in fatto la liberalità testamentaria, a cui questo articolo fa corrispondere il diritto di nominare un curatore speciale per l'amministrazione delle sostanze trasmesse al minore. Ma se gli ha lasciata anche la disponibile, in tutto od in parte, non pare ammissibile che si distingua la legittima dalla disponibile, ritenendo che di questa soltanto spetti l'amministrazione al curatore nominato dal testatore. Ciò infatti non sarebbe conforme ai termini generali in cui si esprime l'art. 247, dicendo che *chiunque istituisce erede un minore*, può nominargli un curatore speciale *per l'amministrazione delle sostanze che gli trasmette*. D'altra parte il dividere effettivamente l'amministrazione della quota disponibile, per darla al curatore speciale nominato dal testatore, dall'amministrazione della quota legittima, che fosse da attribuirsi al tutore, non sarebbe senza gravi difficoltà, e ne risulterebbe in ultimo un danno piuttostochè un vantaggio al minore.

L'avere *istituito erede* il minore, a cui si vuol nominare un curatore speciale per l'amministrazione delle sostanze trasmessegli, è però sempre una condizione indispensabile, secondo il testo del predetto articolo 247. E poichè la disposizione di esso deve riguardarsi, per le ragioni dimostrate nel numero precedente, come recante eccezione ad una regola generale d'ordine pubblico, e come tale deve tenersi ristretta rigorosamente al caso espressamente contemplato; ne segue dunque che chi avesse fatta a vantaggio del minore una *disposizione testamentaria a titolo particolare od una donazione*, non potrebbe nominare un curatore speciale per l'amministrazione di queste sostanze da lui trasmesse al minore. È la stessa massima che abbiamo ritenuta rispetto alle liberalità fatte a favore d'un minore che sia soggetto a patria potestà (1).

(1) V. vol. IV, n. 184, pag. 420.

Ma — si domanderà — quali motivi possono giustificare questa distinzione tra le disposizioni a titolo universale e quelle a titolo particolare? Anche in queste ultime il volere affidata ad un curatore speciale l'amministrazione dei beni, legati o donati al minore soggetto a tutela, non può dirsi sostanzialmente lesivo della legge d'ordine pubblico, che attribuisce al tutore l'amministrazione di tutti i beni appartenenti al minore; poichè il testatore o donante avrebbe potuto non lasciare al minore i beni, che gli ha trasmessi sotto la condizione che siano amministrati da un curatore speciale. Anche per esse il negare efficacia alla modalità apposta dal testatore potrebbe avere per effetto di distogliere da tali liberalità.

Ma se anche in realtà mancasse ogni ragione sufficiente per ritenere, rispetto agli atti di beneficenza a titolo particolare, una massima diversa da quella che l'art. 247 ha stabilita per le sole *istituzioni d'erede*, non si potrebbe però estenderla da queste a quelli; per la ragione incontrovertibile che le disposizioni eccezionali, molto più se derogano a principii d'ordine pubblico, debbono tenersi rigorosamente ristrette ai casi espressamente indicati dalla legge. Inoltre forse non manca neppure qualche motivo per dimostrare razionale quella distinzione. Quando si tratti d'un patrimonio, o d'una quota di patrimonio — come avviene appunto nel caso in cui il minore sia istituito erede — la importanza, che generalmente ha la beneficenza del testatore e la natura stessa d'una universalità di beni, rende ragione sufficiente del volerne deferita la gestione ad un curatore speciale. Quando invece si trattasse di beni particolari legati o donati — essendo d'altronde impossibile il distinguere tra legati o donazioni di maggiore o minore importanza — potrebbe avvenire che si smembrasse l'amministrazione, deferendola su questi beni ad un curatore speciale, anche per cose di minima entità, il che per certo non produrrebbe vantaggio calcolabile al minore, e potrebbe anzi causare difficoltà e danni nell'amministrazione.

32. (*b*) L'articolo, che ora commentiamo, non reca alcuna disposizione circa la forma dell'atto nel quale la nomina del curatore speciale possa farsi. E la prima idea, che in questo silenzio della legge ricorre alla mente, è che si possa argomentare per analogia dall'art. 242, ritenendo che come la nomina del tutore, così quella del curatore possa aver luogo *per atto notarile o per testamento*. Ma, tutto considerato, non sembra che l'analogia possa riscontrarsi sufficiente tra i due casi.

La nomina del tutore è un atto di autorità, che il genitore superstite esercita sulla persona del figlio, in virtù della patria potestà di cui si trova nell'esercizio al tempo di sua morte; la nomina del curatore speciale non è altro invece che *una modalità della liberalità testamentaria, colla quale il minore è istituito erede*.

La nomina del tutore è un atto normale, riguardato dalla legge come utile all'interesse del figlio; epperò essa ha stimato opportuno di renderne più facile l'attuazione, offrendo al genitore superstite un doppio mezzo, con cui potesse manifestare la propria volontà in proposito: l'atto notarile e il testamento. La nomina del curatore, al contrario, è un atto d'indole affatto speciale, che per sè non sarebbe conforme a ciò che la legge ha ritenuto generalmente essere d'interesse del figlio, poichè tende a smembrare l'amministrazione, che per massima si è stimato opportuno di riunir sempre tutta nelle mani d'un solo; e se nondimeno la legge ammise questa facoltà di nominare un curatore speciale, fu solo per lasciare al testatore maggior libertà nelle sue disposizioni, e favorire così le liberalità testamentarie in vantaggio del minore.

Non sembra dunque abbastanza fondato l'estendere anche per la nomina del curatore speciale la facoltà di procedervi mediante atto notarile; e pare piuttosto conforme al carattere, che quella nomina ha, d'una *modalità della disposizione testamentaria*, il ritenere che non possa farsi altrimenti che *per testamento*.

33. (*c*) Quanto alle attribuzioni del curatore speciale, esse sono delineate abbastanza nell'art. 247: dicendo che il curatore si nomina " *per la sola amministrazione delle* " *sostanze, che sono trasmesse al minore dal testatore che lo* " *istituisce erede* ".

L'ufficio del curatore si restringe dunque *alla sola amministrazione, e per quei beni che fanno parte della eredità in cui fu istituito il minore.*

Sarebbe però un errore il ritenere che i poteri del curatore non potessero eccedere i limiti della *semplice amministrazione ordinaria.* La gestione dei beni dell'eredità è sottratta completamente, in virtù della disposizione del testatore autorizzata dalla legge, al tutore ordinario. Bisogna dunque ch'essa sia conferita nella sua interezza al curatore speciale che gli è sostituito; altrimenti non sarebbe provveduto pienamente all'interesse del tutelato, il che pure forma lo scopo finale di tutte le disposizioni della legge in questa materia. Il curatore speciale ha, relativamente all'amministrazione dei beni della eredità, quel medesimo mandato, che, se il testatore non avesse nominato quel curatore, spetterebbe al tutore ordinario. Non solo dunque potrà fare tutti gli atti di semplice amministrazione ordinaria; ma quelli ancora che la eccedano, quelli che arrechino disposizione de' beni, saranno compiuti da lui in rappresentanza del minore, salvo sempre il doversi adempiere le forme abilitanti che sarebbero necessarie anche pel tutore ordinario: riportare cioè, secondo i casi, l'autorizzazione del consiglio di famiglia od anche l'omologazione del tribunale (art. 296, 301 cod. civ.).

34. (*d*) La legge non ha previsto il caso che il curatore speciale nominato dal testatore sia premorto a questo ultimo, o non possa o non voglia assumere l'ufficio che gli è conferito, od assuntone l'esercizio muoia durante la tutela del minore, o non possa per qualunque causa o non voglia continuare nelle sue funzioni.

Quanto alle cause d'incapacità, esclusione e rimozione dagli uffizi tutelari, stabilite dal codice negli art. 268-271, par certo ch'esse debbano ritenersi applicabili anche al curatore speciale nominato dal testatore, a norma dell'articolo 247, quantunque la legge non lo abbia dichiarato espressamente; perciocchè conferendosi al curatore, relativamente alle sostanze in cui il minore è istituito erede, quegli stessi poteri che la legge attribuisce al tutore ordinario, è logico che debba anche avere le medesime condizioni di capacità.

Quanto poi alle cause di dispensa dagli uffizi di tutore e protutore, non sembra che sia il caso di prenderle in alcuna considerazione rispetto al curatore speciale. Questo ufficio non è dalla legge dichiarato obbligatorio; è solo per gli uffizi della vera tutela ordinaria che ciò è stato stabilito indirettamente, col prescrivere che il tutore e il protutore possano esonerarsene per certe cause determinate espressamente dalla legge. D'altronde questa differenza è anche perfettamente conforme a ragione; poichè l'ufficio del curatore speciale non è essenziale per la protezione del minore, come quelli della vera tutela ordinaria; e se non sia esercitata dal curatore quell'amministrazione speciale che il testatore volle conferirgli, è sempre provveduto abbastanza all'interesse del tutelato col mezzo del tutore, che può amministrare i beni dell'eredità insieme a tutti gli altri facienti parte del patrimonio del minore.

Sembra dunque che la persona nominata dal testatore all'ufficio di curatore speciale possa esimersi dall'assumere o dal continuare l'esercizio di queste funzioni, senza bisogno di allegare alcuna delle cause di dispensa, che la legge ha stabilite pel tutore e pel protutore.

Ora, verificandosi questi casi di premorienza, d'incapacità, di esclusione, di rimozione, di rifiuto da parte del curatore, il *Borsari* ha insegnato che “ dovrà egualmente “ rispettarsi l'intenzione del benefattore che ha lasciato “ un'eredità, ed altro curatore sarebbe sostituito dalla

“ autorità giudiziaria (1) „. Una massima così assoluta può però subire qualche difficoltà. Il testatore, nominando un curatore per l'amministrazione delle sostanze da lui trasmesse al minore, ha bensì preferito quell'amministratore speciale al tutore ordinario che il minore avrebbe: ma non ha per ciò solo manifestata la volontà di togliere assolutamente al tutore quell'amministrazione, quand'anche essa non potesse essere esercitata dalla persona da lui preferita. Mancando questa persona, l'ordine naturale delle cose e il sistema normale stabilito dalla legge farebbe devolvere al tutore ordinario anche l'amministrazione dell'eredità in cui fu istituito il minore. Bisogna dunque che sia ben chiara la volontà contraria del testatore, affinchè si faccia luogo a derogare alle norme comuni, e in mancanza della persona designata dal testatore, a deferire ad un'altra, da destinarsi dall'autorità giudiziaria, la cura speciale dei beni ereditari. Certamente, se il testatore lo avrà espressamente ordinato, dovrà eseguirsi questa sua volontà, che non ha nulla di contrario all'ordine pubblico nè alla legge; poichè questa ha ammesso potersi deferire l'amministrazione dell'eredità lasciata al minore ad un curatore speciale. Anche indipendentemente da una dichiarazione espressa, la volontà del testatore potrà risultare abbastanza manifesta, e il tribunale potrà col suo prudente apprezzamento riscontrarne la prova nel tenore stesso dell'atto, o dedurla da presunzioni di fatto tratte da circostanze anche estrinseche. Ma se non vi sia nulla di tutto ciò, se non risulti in modo espresso o tacito ma positivo la volontà del testatore di vietare in qualunque caso che il patrimonio da lui lasciato al minore sia amministrato dal tutore ordinario di quest'ultimo — se il testatore abbia semplicemente nominato un curatore speciale, ch'egli preferisse per quell'amministrazione al tutore — le cause, quali che siano, per le quali questo voto del testatore non possa essere adem-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 247, vol. I, § 570, pag. 899.

pito e il curatore non eserciti l'amministrazione, dovranno farla devolvere secondo le norme comuni al tutore ordinario, e non dar luogo alla nomina per parte dell'autorità giudiziaria di un altro curatore, che forse il testatore non avrebbe preferito al tutore stesso.

§ II. — *Della tutela legittima.*

Sommario. — 35. Idee generali adottate nel nostro codice a proposito di questa specie di tutela. — 36. In quali casi abbia luogo la tutela legittima. — 37. Casi nei quali, in mancanza della tutela testamentaria, subentra senz'altro la dativa. — 38. Ordine della tutela legittima. Casi, nei quali mancando la tutela dell'avo paterno, essa passa all'avo materno, e casi in cui subentra senz'altro la tutela dativa. — 39. Tutela legittima dei figli naturali e dei ricoverati negli ospizii pubblici.

35. La tutela legittima è quella, che, non vi essendo tutore nominato dall'ultimo dei genitori rimasto superstite, è deferita dalla legge all'avo paterno, e, in mancanza di lui, all'avo materno (art. 244 cod. civ.).

Ben diverso era il sistema dei codici anteriori in Italia. Alcuni di essi conferivano bensì in principio la tutela legittima all'avo paterno, e in mancanza di questo all'avo materno; ma se mancasse tanto l'uno quanto l'altro, facevano risalir la tutela nelle linee ascendentali; preferendo però sempre l'ascendente paterno al materno del medesimo grado, e stabilendo poi altre norme particolari pei casi in cui concorressero ascendenti di grado superiore agli avi, e appartenenti ambidue alla linea paterna od alla linea materna (cod. Napoleone, art. 402-404; cod. pel Regno delle due Sicilie, art. 323-325; cod. Alb., art. 257-259). Il codice Austriaco (§ 198) chiamava alla tutela legittima prima l'avo paterno, poscia la madre, indi l'*avola paterna*, e, in mancanza di tutti questi, *il consanguineo maschio più prossimo, e fra varii ugualmente prossimi il più provetto di età.* Altri, non vi essendo tutore testamentario, davano la tutela legittima prima alla madre, in difetto di essa all'avo paterno, e mancando questo ancora, all'avola paterna; e

in fine *a quei parenti a cui fosse dovuta l'eredità* ab intestato *del minore al momento in cui si facesse luogo alla medesima tutela* (cod. Parm., art. 169-171; cod. Est., art. 206-208). Evidentemente queste ultime due legislazioni avevano accettato come fondamentale l'antico principio: *Ubi successionis emolumentum, ibi onus tutelae esse debet.* Il nostro legislatore non volle in ciò imitarle. Non considerò come principale aspetto determinante il conferimento della tutela legittima l'onere ch'essa apporta alla persona designata a ciò dalla legge, sicchè fosse giusto il far corrispondere quel carico al vantaggio eventuale della successione del minore, alla quale la persona stessa fosse chiamata. Prese piuttosto, e più opportunamente, come guida il principio, che è fondamentale in ogni parte dell'ordinamento della tutela, doversi subordinar tutto all'interesse del minore. E poichè questa specie di tutela, che si deferisce senza esame e per la sola qualità della persona contemplata dalla legge, poteva presentare inconvenienti non lievi nè infrequenti pei tutelati, ed era preferibile sotto tale aspetto la tutela conferita dal consiglio di famiglia a quella persona che in cognizione di causa esso giudica più idonea a proteggere efficacemente gl'interessi del minore; si reputò quindi più opportuno di limitare la tutela legittima soltanto agli avi paterno e materno, i quali nell'affetto loro naturale verso i nipoti offrono la più eminente guarentigia; nè si volle affidare un ufficio così delicato a parenti anche lontani, fino al decimo grado, per ciò solo ch'essi fossero chiamati eventualmente alla successione del minore (art. 742 cod. civ.) e senza esaminare se quelle persone fossero le più adatte nell'interesse del minore medesimo.

La nostra legge non volle neppur seguire quelle due legislazioni e l'austriaca, laddove ammettevano alla tutela legittima anche l'*avola paterna*. Le *ascendenti* sono bensì considerate eccezionalmente come capaci di tutela (articolo 268, n. 1, cod. civ.); ma se ciò dà luogo a poter esse venire investite di tale ufficio per elezione fattane in cogni-

zione di causa dall'ultimo superstite dei genitori o dal consiglio di famiglia, non era poi ragione sufficiente per doverle la legge considerare sempre per la sola qualità loro come idonee ad esercitare così importanti funzioni in modo conveniente all'interesse del minore.

Da ultimo si ripudiò pure il sistema degli altri codici sopraccennati, i quali estendevano la tutela legittima anche agli ascendenti di grado superiore oltre all'avo paterno e all'avo materno. Intorno a che l'illustre relatore della Commissione senatoria espresse assai chiaramente i concetti da essa adottati: " Degli ulteriori ascendenti, che in molti " codici si veggono pure chiamati alla tutela, non fa men- " zione il progetto, e a buon diritto; poichè, oltre di essere " molto infrequente il caso della loro sopravvivenza, la ca- " dente età li rende meno atti a sostenere tale carico, e la " legge ne li dispensa. Che se per eccezione taluno vi si " sentisse ancora atto, e fosse disposto ad assumerlo, il " consiglio di famiglia, cui appartiene di nominare un " tutore in mancanza dei chiamati dalla legge, ne farà " la scelta " (1).

Osservammo sopra che la tutela, deferita direttamente per disposizione della legge, presenta qualche inconveniente in confronto di quella che è conferita in cognizione di causa dall'ultimo superstite dei genitori o dal consiglio di famiglia. Ciò appunto rende ragione dell'essersi, nell'ordine fra le diverse specie di tutela, preferita la testamentaria alla legittima. Ma quella stessa considerazione giustifica eziandio che non sempre venga posposta alla legittima la tutela *dativa* propriamente detta, quantunque sia questo l'ordine sistematico. E che sia veramente così, è dimostrato dal testo dell'art. 245, chè dichiara doversi procedere dal consiglio di famiglia alla nomina di un tutore dativo anche *quando il tutore, nominato dall'ultimo dei genitori rimasto superstite, sia escluso o legittimamente scusato;* ond'è chiaro,

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 78.

in questo caso, che sebbene la tutela testamentaria non abbia luogo per la incapacità, la esclusione o la dispensa della persona nominata dal genitore, produce però almeno questo effetto, di escludere la tutela legittima, e di far subentrare senz'altro alla testamentaria la dativa, derogando così all'ordine comune. Di ciò dovremo in seguito occuparci più ampiamente. Ma intanto, a rilevare esattamente i caratteri giuridici della tutela legittima, non è senza importanza il notare sin d'ora, che questa eccezione alle regole ordinarie è dovuta appunto al minor favore che sotto qualche aspetto meritava la tutela legittima stessa, per gl'inconvenienti ch'essa presentava in confronto della dativa in genere, la quale ha luogo in seguito al giudizio che l'ultimo superstite dei genitori o il consiglio di famiglia si forma intorno alla persona dalla quale nell'interesse del minore possa più utilmente esercitarsi la tutela, che in virtù dell'autorizzazione della legge le conferiscono.

Guardiamoci però dall'esagerare questo concetto quantunque giusto in sè stesso. Alcuni hanno pensato che la esclusione della tutela legittima in questo caso dipenda unicamente dalla volontà del genitore. Egli — hanno detto — ha realmente due facoltà riunite in una: vietare che la tutela si devolva all'avo paterno o materno, e nominare in sua vece un altro tutore. Se questa nomina non può avere effetto, per l'incapacità, l'esclusione o la dispensa della persona designata, resta però sempre che debba avere effetto l'esclusione del tutore legittimo, ed è ciò che è sanzionato dalla legge. Ma è facile scorgere l'errore di questo ragionamento. Il genitore superstite non ha già la facoltà pura e semplice di escludere il tutore legittimo; e sarebbe in verità molto strano se per privata volontà fosse lecito derogare ad una legge, che è da reputarsi d'ordine pubblico: egli può soltanto, in virtù dell'autorizzazione datagliene dalla legge stessa, *nominare un altro tutore*, dal che deriva come conseguenza l'esclusione del tutore legittimo.

Se infatti il genitore avesse in testamento o in atto autentico ordinato soltanto che non avesse luogo la tutela legittima, lasciando poi che il consiglio di famiglia nominasse il tutore, una tale disposizione non potrebbe avere alcuno effetto. E pare che la stessa massima dovrebbe osservarsi, nonostantechè vi fosse la nomina apparente d'un tutore testamentario, quando il proposito vero del disponente fosse stato soltanto di escludere la tutela legittima facendo luogo invece alla dativa; perchè ciò non può dipendere dalla volontà del testatore. Supponiamo, ch'egli abbia nominata *scientemente* una persona incapace, per esempio una donna, che non sia nei casi di eccezione contemplati dall'art. 268, n. 1; e ciò nel solo intento di escludere dalla tutela l'avo paterno o materno. Potrebbesi mai ammettere che la disposizione del genitore ottenesse questo effetto, che in realtà sarebbe in frode della legge? Se invece il genitore ha nominata in buona fede, e per errore di fatto o di diritto, una persona incapace, o se ha nominato una persona capace, la quale però per una delle cause ammesse dalla legge ottiene dispensa; la nomina, quantunque per sè inefficace, produce tuttavia questo effetto di escludere la tutela legittima lasciando luogo senz'altro alla dativa. Ma tale effetto essa produce, non per la privata volontà del genitore, che non avrebbe potuto tanto, ma in virtù della legge; la quale nella nomina fatta dal genitore superstite di un tutore testamentario scorge una ragione sufficiente per dubitare che l'affidar la tutela all'avo paterno o materno non sia abbastanza provvido per l'interesse del minore; deroga quindi essa stessa alla presunzione generale su cui si fonda la tutela legittima, ed ordina che abbia luogo la dativa, affichè sia il consiglio di famiglia che giudichi in cognizione di causa se convenga meglio pel minore l'avere a tutore l'avo paterno o materno, o un altro parente, od anche un estraneo.

Ecco dunque perchè dicemmo che, sebbene sia di regola, nell'ordine tra le diverse specie di tutela, la preferenza

della legittima alla dativa, vi è però qualche caso di eccezione, in cui la legge stessa preferisce la dativa alla legittima.

36. Quand'è che ha luogo la tutela legittima? Il codice risponde al quesito con queste poche parole: *Se non vi è tutore nominato dal genitore.* " La risposta è semplice, se " non lo è forse troppo „ — dice il Borsari —. Ed è vero che questa formola impiegata dalla legge ha lasciato luogo a numerose difficoltà, che ora verremo studiando. Sarebbe però stato impossibile prevenirle tutte nel testo; e il meglio era forse ancora di limitarsi, come si è fatto, ad una proposizione molto generica, lasciando poi alla dottrina di svolgerla ed alla giurisprudenza di determinarne le applicazioni.

Alcuno degli scrittori nostri nota per prima cosa " *aprirsi la tutela legittima nel solo caso di morte del genitore superstite, che non lasci tutore testamentario* „ (1). Ed altri aggiunge ragionevolmente una limitazione: " eccettochè — dice — " per condanna penale non sia stato veramente e realmente " privato (il genitore superstite) della patria potestà „ (2).

È da notare però che l'osservazione principale predetta, fatta dai commentatori del codice Francese, era utile sotto quella legislazione, secondo cui allo sciogliersi del matrimonio la patria potestà del genitore superstite si trasmutava in tutela, e non erano che due specie distinte di tutela ugualmente legittima: quella del padre o della madre sopravvivente, e quella, in mancanza di loro, degli ascendenti ulteriori; ond'era bene il far considerare come quest'ultima tutela legale non potesse aprirsi se non quando la prima fosse finita per la morte del genitore superstite, il quale d'altronde non avesse nominato ai figli un tutore testamentario, e come nel caso che la gestione tutelare del

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, n. 566.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 244, vol. I, § 564, pag. 888.

genitore sopravvissuto fosse finita per tutt'altra causa che la morte di lui, si facesse luogo invece alla tutela dativa. Per noi è tutt'altra cosa. Il genitore superstite non ha la semplice tutela legale dei figli, ma esercita sovr'essi la patria potestà; ed è superfluo il dire che la tutela legittima degli ascendenti non si apre finchè viva quel genitore, poichè non solo la legittima, ma nessuna specie di tutela può aprirsi finchè dura la patria potestà, colla quale è assolutamente inconciliabile lo stato di tutela dei figli. Ma questo stato di tutela può aprirsi, non solo per la morte del genitore ch'era rimasto superstite, ma eziandio per una condanna penale, in forza di cui egli incorra la privazione della patria potestà. Ed allora l'unica specie di tutela che rimanga esclusa è la *testamentaria* (1); ma si fa luogo alla tutela legittima, che la nostra legge deferisce all'avo paterno, nè potrebbe più sostenersi, come in diritto francese, che la tutela legale fosse stata esaurita dal genitore che n'era rimasto privo per condanna penale, e che oramai la sola tutela dativa fosse ammissibile.

Ritorniamo ora alla formola colla quale il codice nostro determina quando abbia luogo la tutela legittima. “ *Se non* “ *vi è tutore nominato dal genitore* „ — dice il testo; ma questa espressione lascia luogo, come già accennammo, a molte difficoltà. Qualche autore ha tentato di risolverle collo stabilire regole generali. Ha pensato che il legislatore nello sceverare i casi, ne' quali mancando la tutela testamentaria debba aver aver luogo la legittima o piuttosto la dativa, abbia dovuto avere riguardo principalmente al decoro degli avi, a cui la legge stessa conferisce direttamente la tutela. “ Non sarebbe conveniente — ha detto questo “ autore — che la persona, onorata dalla legge col conferirle essa stessa e direttamente il diritto di tutela, non “ lo esercitasse che in sussidio, come semplice luogotenente, come ausiliaria d'altra persona chiamata avanti,

(1) V. sopra, n. 26, pag. 75 e seg.

" e che *fosse ancora vivente* „. E da ciò ha dedotto che non abbia luogo la tutela legittima, ma la dativa, qualora (1°) il tutore, o testamentario o legittimo, che sarebbe stato chiamato prima dell'ascendente a cui spetterebbe la tutela legittima, *non fosse morto*, ma per qualunque causa non fosse entrato nell'esercizio dell'ufficio o ne avesse cessato; ovvero (2°) il tutore precedentemente chiamato fosse morto, ma egli fosse un tutore testamentario, a cui l'ascendente verrebbe così a subentrare sussidiariamente. Soggiungeva però (3°) che qualora il tutore testamentario fosse premorto al genitore che lo avesse eletto, dovendosi considerare tale nomina come non avvenuta, si farebbe luogo alla tutela legittima (1).

Questa dottrina è edificata sopra una base non abbastanza sicura. Non pare accettabile il concetto, che nel determinare a quale tutore debba il minore esser soggetto, la legge abbia avuto riguardo al decoro e alla convenienza delle persone a cui essa stessa attribuiva la tutela legittima. In questo, come in ogni altro rapporto concernente l'ordinamento tutelare, l'unica guida pel legislatore fu e doveva essere l'*interesse dell'incapace*. E qui, come altrove, la legge ha riservato a sè sola di pronunciarsi su ciò che reputa d'interesse del minore, alla cui protezione ha provveduto in ogni rapporto con disposizioni particolareggiate. Noi qui supponiamo mancante la tutela testamentaria, e ricerchiamo quando debba aver luogo la legittima e quando la dativa. La risposta deve esserci data dai testi: non può foggiarla a modo suo l'interprete, determinando esso quali siano le considerazioni che il legislatore abbia dovuto prendere per guida, e creando così teorie, le quali, quand'anche fossero perfettamente razionali, sarebbero nondimeno arbitrarie di fronte al diritto positivo. Nel dubbio se sia la tutela legittima o la dativa che in determinate circostanze debba avere effetto, dobbiamo cercare di risolverlo combi-

(1) V. Marcadé, art. 404, § II, t. II, n. 192.

nando tra loro i due articoli 244 e 245, il primo dei quali dichiara quando abbia luogo la tutela legittima, l'altro quando spetti al consiglio di famiglia il procedere alla nomina d'un tutore dativo. E qualora neppure ciò bastasse, qualora rimanesse tuttavia incerta la decisione, il vero principio, a cui bisognerebbe ricorrere, l'unico sicuro, perchè consacrato dal testo, sarebbe questo: che la tutela legittima prevale alla dativa, che questa non viene se non ultima in sussidio delle altre.

Con queste norme procediamo ora a stabilire i casi nei quali ha luogo la tutela legittima. Intorno ad alcuni non vi è da esitare. Più ovvio di tutti è quello in cui l'ultimo dei genitori, ch'era rimasto superstite, sia morto senz'aver lasciato nomina alcuna di tutore ai figli, nè per atto notarile nè per testamento. Anzi è forse appunto questo solo il caso a cui, come più comune, si è inteso di accennare con quelle parole: *se non vi è tutore nominato dal genitore.*

Ma quand'anche costui avesse fatta una nomina, la quale però non potesse avere effetto per vizio di forma — o perchè risultante da un atto non ricevuto da notaro, nè avente i caratteri di testamento, o perchè l'atto notarile o il testamento mancasse di qualcuna delle forme necessarie per la sua validità, — non sarebbe meno certo l'aprirsi della tutela legittima. Nella prima delle ipotesi che abbiamo accennate, la nomina del tutore non sarebbe solo annullabile, ma *inesistente in diritto* (1); epperò il caso non potrebbe considerarsi giuridicamente come diverso da quello in cui mancasse affatto ogni nomina del tutore. Nell'altra ipotesi invero la nomina esisterebbe; ma la sua annullazione avendo un effetto naturalmente retroattivo, dovrebbe la nomina stessa riguardarsi fin dalla sua origine come non avvenuta, e la condizione delle cose non varierebbe quindi sostanzialmente; sarebbe sempre vero ciò che prevede l'art. 244: *non vi sarebbe tutore nominato dal genitore.*

(1) V. sopra, n. 27, pag. 88 e seg.

Ma la nomina del tutore può essere stata fatta, e validamente quanto alla forma estrinseca, e tuttavia ostare alla sua efficacia il non essersi il genitore, che la emanava, trovato nell'esercizio della patria potestà al tempo di sua morte (art. 243 cod. civ.). Vi è chi pensa che in tal caso si dovrebbe escludere la tutela legittima e lasciar luogo alla dativa, perchè l'articolo 244 non ammette la prima fuorchè quando *non vi sia tutore nominato dal genitore*, e qui la nomina vi sarebbe, sebbene inefficace (1). Altri hanno professata la massima contraria, allegando che la legge non distingue se il genitore superstite *non abbia voluto* nominare il tutore, *o non lo abbia potuto perchè privo della patria potestà;* e che la tutela legittima non è posposta che alla testamentaria ed è sempre preferita alla dativa (2). Veramente i motivi addotti non sarebbero forse abbastanza persuasivi. Quando il genitore superstite *non volle* dare un tutore ai figli, la nomina di esso manca assolutamente, e si cade perciò nei termini testuali dell'art. 244; quando invece abbia voluto e fatto, ma non efficacemente, mancandogli l'esercizio della patria potestà, la nomina del tutore esiste; non si è quindi più *letteralmente* nel caso indicato nell'art. 244, e da ciò appunto sorge la questione; ond'è impossibile risolverla col solo allegare che la legge non distingue se il genitore superstite non abbia voluto o non abbia potuto nominare il tutore. D'altro lato non è esatto che " la legge fidi tanto nel senno e nell'amore degli ascen-" denti, da non posporli mai che alla persona che il geni-" tore superstite abbia nominata tutrice dei figli ". L'articolo 245 dichiara espressamente che *quando il tutore nominato dal genitore, ch'era rimasto superstite, sia escluso o legittimamente scusato, si procede dal consiglio di famiglia alla nomina di un tutore.* L'avo paterno o materno è dunque

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, n. 568, pag. 397.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 224; Ricci, *Corso teorico-pratico di dir. civile*, t. I, n. 393, pag. 502.

in questo caso messo da parte, sebbene non abbia luogo la tutela testamentaria; ed è ad un tutore dativo che viene posposto quello che potrebbe avere qualità di tutore legittimo. Tuttavia vi è un'altra considerazione che reputiamo decisiva. La nomina d'un tutore testamentario fatta dal genitore, che al tempo di sua morte non era nell'esercizio della patria potestà, *non ha effetto* — come dice l'art. 243 — ossia è da riguardarsi giuridicamente come *inesistente*, perchè emana da chi per la condizione sua non aveva qualità, non aveva mandato dalla legge per procedere a quell'atto. Come dunque sarebbe possibile attribuirle un effetto, quale pur sarebbe quello di precluder la via alla tutela legittima e far preferire eccezionalmente la dativa? Aggiungasi che il caso in disputa può comprendersi nella disposizione dell'art. 244, poichè giuridicamente *non vi è tutore nominato dal genitore* se questi non aveva secondo la legge il potere di nominarlo; ma non potrebbe comprendersi nella disposizione dell'altro articolo 245, che ammette la tutela dativa solamente quando il figlio minore resti *senza tutore testamentario e senza avo paterno e materno.*

Conveniamo dunque nella massima che quando il genitore superstite, il quale abbia nominato un tutore al figlio, non siasi trovato al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà, ha luogo la tutela legittima a preferenza della dativa.

Passiamo ad altro caso: la persona, che il genitore superstite aveva scelto a tutore de' proprii figli, è morta prima del genitore stesso. È opinione generalmente accettata che allora debbasi aprire la tutela legittima (1). E veramente parrebbe difficile trovare ragioni gravi per dubitarne. La nomina d'un tutore testamentario è sempre un *atto d'ul-*

(1) V. Duranton, t. III, n. 441; Chardon, *Des trois puissances*, p. III, n. 46; Marcadé, art. 402, § II, t. II, n. 192; Aubry et Rau, t. I, § 101, n. 2; Laurent, t. IV, n. 402, pag. 517; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 566, p. 397; Buniva, vol. II, pag. 224; Borsari, *Comm.*, art. 244, vol. I, § 564, pag. 888; Ricci, vol. I, n. 393, pag. 503.

tima volontà, che come tale non può prendere vita giuridica se non al momento della morte del disponente. Se dunque a questo tempo non è vivente la persona ch'era stata da lui eletta, la nomina cade assolutamente; è ormai inesistente giuridicamente, come se non fosse stata fatta, poichè manca il soggetto a cui dovrebbe applicarsi. Siamo allora nei termini precisi dell'art. 244, chè *non vi è tutore nominato dal genitore*; deve dunque aver luogo, secondo il medesimo articolo, la tutela legittima.

Vi è tuttavia una opinione autorevolissima in senso diverso: v'è chi pensa potersi sostenere " che la premorienza " della persona eletta dall'ultimo defunto dei genitori non " tolga a quella elezione l'effetto di escludere la tutela degli " ascendenti, principalmente se chi ne fu autore abbia " ignorato al tempo di sua morte che quella persona fosse " predefunta „ (1). E tale assunto si fonderebbe nel considerare che la nomina d'un tutore testamentario valga come *esclusione del tutore legittimo*, pronunciata dal disponente; che dunque quella esclusione debba avere effetto, nonostantechè l'ufficio di tutore non possa attuarsi in capo della persona ch'era stata eletta a vece dell'escluso; che poi se il disponente sia morto ignorando che questa persona fosse predefunta, non si possa neppur dire che omettendo di fare una nuova nomina abbia implicitamente dimostrata la volontà che la tutela passi agli ascendenti. Senonchè tutta questa argomentazione sembra avere per base un errore e un equivoco: un errore, perchè — come dimostrammo superiormente — la facoltà, che la legge attribuisce al genitore superstite, non è di *escludere il tutore legittimo*, ma solo *di preferirgli un altro tutore eletto da lui* (2), sicchè se non può avere effetto questa preferenza, per essere premorta la persona ch'era stata scelta, non può neppure avere effetto l'esclusione del tutore legittimo, che della

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 180.
(2) V. sopra, n. 35, pag. 113, 114.

preferenza stessa sarebbe stata soltanto una conseguenza; un equivoco poi, perchè neppure nell'intendimento dell'autore di quella nomina essa significa assolutamente esclusione del tutore legittimo, ma solo preferenza a fronte di lui del tutore eletto. E se anche il disponente sia morto ignorando che il tutore da lui prescelto non esistesse più, chi potrà dirci se sapendolo egli avrebbe tuttavia preferito un altro tutore, e non piuttosto avrebbe lasciato luogo alla tutela legittima? Crediamo dunque confermata in ogni aspetto l'opinione comune, che nel caso di premorienza del tutore testamentario ritiene senza distinzioni spettare l'ufficio al tutore legittimo.

Ma suppongasi ora che il tutore testamentario abbia sopravvissuto al genitore, ed assunta effettivamente la tutela sia poi morto durante l'esercizio di essa. Chi gli subentrerà allora? Il tutore legittimo o il dativo?

La questione è gravemente controversa tra gli autori francesi. Rispondono alcuni in favore del tutore legittimo. Tale era la massima stabilita del diritto romano: *Si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit* (L. 11, § 1, ff. *de testam. tut.*, Dig., XXVI, 2). Essa è poi conforme a ragione, poichè “ il testatore avendo riposta la sua fiducia “ in chi era soggetto alla morte, la sua volontà è stata ese- “ guita per quanto egli poteva sperare che lo fosse..... (1).

Ma i più stanno per la tutela dativa. Osservano che in diritto romano si ammetteva questa quando il tutore testamentario fosse stato scusato o rimosso, e si ritornava invece alla legittima quando egli fosse morto durante l'esercizio dell'ufficio suo, perchè nel primo caso e non nel secondo s'era interposta nella tutela l'azione del magistrato; considerazione questa affatto estranea al diritto odierno. Per noi — dicono — sarebbe una contraddizione l'ammettere — come pur vuole la disposizione espressa dall'art. 245

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 108, n. 8; Duranton, t. III, n. 441; Chardon, *Des trois puissances*, 3^{me} partie, n. 47.

— che quando il tutore testamentario fosse incapace o scusato, rimanesse esclusa la tutela legittima e si desse luogo alla dativa, per ciò solo che un tutore testamentario *era stato nominato;* e che si dovesse invece ritornare alla tutela legittima quando il tutore testamentario morisse dopo avere esercitato l'ufficio, mentre qui, non solo vi fu la nomina di un tutore testamentario, ma essa ottenne tutto l'effetto che poteva avere. D'altronde sarebbe sconveniente al rispetto dovuto al tutore, cui la legge onora direttamente del suo mandato, il chiamarlo sussidiariamente ad esercitare l'ufficio, quando ne cessasse colui che gli era stato preferito. Una volta che la tutela sia divenuta dativa — e la è, secondo il senso generale della parola, nella nomina d'un tutore testamentario — deve rimaner sempre ed esclusivamente dativa (1).

Quanto a quest'ultimo argomento, abbiam detto altrove ciò che ne pensiamo. Non ci sembra giusto il concetto che l'ammissione della tutela legittima o della dativa abbia a dipendere da considerazioni di riguardo e di decoro pel tutore legittimo; ma che debba avere per solo principio fondamentale e direttivo *l'interesse del minore*, come questo interesse è stato giudicato e regolato dal legislatore. Ora, è ben vero che nei casi di esclusione o dispensa del tutore testamentario, ha luogo, per espressa disposizione dell'articolo 245, la tutela dativa: e ciò per la ragione già accennata, che la nomina stessa fatta dal genitore, la preferenza da lui data ad un altro tutore, fa luogo a dubitare che la tutela dell'avo paterno o materno non sia la più opportuna all'interesse del minore; che di fronte a questo dubbio la legge fa tacere la propria presunzione generale, su cui si fonda la tutela legittima, e preferisce di deferire al consiglio di famiglia il giudicare in cognizione di causa se

(1) V. Toullier, t. I, n. 1107; Marcadé, art. 402, § II, t. II, n. 192: Aubry et Rau, t. I, § 101, n. 2; Laurent, t. IV, n. 402, pag. 516, 517; Borsari, *Comm.*, art. 244, §§ 564 (*c*), 565, vol. I, pag. 889, 890; Ricci, vol. I, n[i] 393, 503.

meglio convenga la tutela dell'avo o quella d'un altro parente o d'un estraneo (1). Ma queste ragioni stanno forse ugualmente quando il tutore testamentario sia stato di fatto nell'esercizio del proprio ufficio e ne abbia cessato solo per morte? Non dobbiamo dimenticare che la nomina d'un tutore testamentario, fatta dal genitore superstite, non significa che questi abbia voluto escludere assolutamente il tutore legittimo, ma solo che ha voluto preferirgli la persona da lui nominata. Ora questa persona ha esercitato l'ufficio; la preferenza, che il genitore voleva, ha avuto adempimento per quanto era possibile. Forsechè vi è motivo per ritenere che il genitore avrebbe voluto escludere assolutamente dalla tutela l'avo paterno o materno, anche pel caso che la persona da lui prescelta non arrivasse a compiere l'ufficio suo per tutta la durata della tutela? Ma nulla lo dimostra, poichè la disposizione si limitava — nè avrebbe potuto estendersi maggiormente — a preferire quell'altra persona al tutore legittimo. Nel caso invece che il tutore testamentario non abbia assunto l'ufficio, perchè ne sia stato escluso o scusato, è certo almeno che il genitore non voleva che l'avo paterno o materno esercitasse la tutela all'aprirsi di essa; e ciò giustifica il sospetto della legge verso il tutore legittimo, e il ritirargli ch'essa fa il mandato che per la regola generale gli avrebbe conferito. Così l'avere avuto effetto, per quanto era possibile, la volontà del genitore — che il *Borsari* considera come un argomento *a fortiori* per dar luogo alla tutela dativa anche nel caso di morte del tutore testamentario — ci sembra giustamente addotto dal *Chardon* come un motivo per ritenere al contrario che si debba ritornare alla tutela legittima.

Inoltre dobbiamo sempre aver presente il principio fondamentale, dimostrato in questo stesso numero: che il determinare se abbia luogo piuttosto la tutela legittima o la dativa dipende esclusivamente dal diritto positivo; che

(1) V. sopra, n. 35, pag. 114.

ogni dubbio in proposito dev'essere risolto coll'applicazione combinata degli art. 244 e 245; e che quando questi testi non offrissero una risposta abbastanza sicura, bisognerebbe attenersi alla massima generale, consacrata dalla legge, che la tutela legittima è preferita alla dativa.

Non si può negare che l'art. 244 lascia assai dubbia la questione presente. Esso dice che la tutela spetta di diritto all'avo paterno, e in mancanza di questo, all'avo materno " *se non vi è tutore nominato dal genitore* ". Ma intende che la mancanza di questo tutore si sia verificata originariamente, fino dall'aprimento della tutela, o basti che sia sopravvenuta durante la tutela stessa? Ciò rimane incerto. Bisogna dunque ricorrere alla disposizione seguente che determina i casi nei quali ha luogo la tutela dativa; e se fra essi non troveremo potersi comprendere quello di morte di chi fu tutore testamentario, ne conchiuderemo con sicurezza che dunque deve avere effetto anche in questo caso la tutela legittima, che per principio generale è preferita alla dativa.

Ora, l'art. 245 dichiara doversi procedere dal consiglio di famiglia alla nomina di un tutore " quando un figlio " minore resta senza padre e madre, senza tutore da essi " nominato, senza avo paterno e materno ". Queste condizioni sono certamente considerate in modo cumulativo; perchè altrimenti l'articolo verrebbe a dirci che avvenuta la morte di ambidue i genitori, senzachè l'ultimo di essi avesse nominato un tutore testamentario al figlio minore, dovesse il consiglio di famiglia procedere senz'altro alla nomina del tutore, il che varrebbe quanto escludere assolutamente la tutela legittima. La tutela dativa non ha dunque luogo, secondo il predetto articolo 245, se non quando, morti ambidue i genitori, il figlio *minore resti senza tutore testamentario e senza avo paterno e materno;* e morto anche il tutore testamentario, ma restando l'avo paterno o il materno, non si ricorre all'ultimo espediente della nomina del tutore da parte del consiglio di famiglia.

L'articolo contempla poi distintamente l'altro caso che *il tutore avente alcuna delle qualità sopra espresse* — e fra essi quindi il tutore testamentario — sia *escluso o legittimamente scusato*. E poichè con questa seconda parte della disposizione fa una limitazione alla prima — inquantochè ammette che la incapacità o la dispensa del tutore testamentario dia luogo alla tutela dativa, sebbene resti al minore l'avo paterno o materno, che potrebbe assumere la tutela legittima — è certo dunque che questa eccezione dev'essere ristretta ai casi espressamente contemplati; e quando il tutore testamentario non sia escluso o scusato, ma sia morto nell'esercizio dell'ufficio suo, e resti l'avo paterno o il materno, è la regola della tutela legittima, non l'eccezione della tutela dativa, che dev'essere applicata. Per queste considerazioni propenderemmo a ritenere che il testo della legge e la ragione diano miglior fondamento, pel caso in disputa, all'opinione favorevole alla tutela legittima. E per identici motivi parrebbe che uguale massima dovesse pure ritenersi per gli altri casi in cui il tutore testamentario, dopo avere assunto l'ufficio, ne avesse cessato per rimozione o per dispensa dal continuarlo.

Riepilogando, ecco dunque quali sarebbero, secondo il pensier nostro, i casi in cui farebbesi luogo alla tutela legittima:

1° quando l'ultimo superstite dei genitori sia morto senz'aver nominato alcun tutore testamentario al figlio, o lasciando un atto di nomina inesistente giuridicamente, od almeno annullabile, per difetto di forma estrinseca;

2° quando la nomina d'un tutore testamentario, fatta dall'ultimo dei genitori rimasto superstite, non abbia effetto per non essersi trovato il genitore stesso nell'esercizio della patria potestà al tempo di sua morte;

3° quando il tutore testamentario non esiste più, o sia poi che la sua morte abbia preceduto quella del genitore che lo ha nominato, o sia avvenuta durante l'esercizio della tutela;

4° quando il tutore medesimo, tuttora vivente, abbia cessato dall' esercizio della tutela per rimozione o per dispensa dal continuare nell'uffizio.

37. Per quanto abbiam detto nel numero precedente, dovrebbe ritenersi che i soli casi, nei quali mancando la tutela testamentaria, dovesse farsi luogo senz'altro alla dativa, fossero quelli *d'incapacità, esclusione o dispensa del tutore testamentario medesimo dall'assumere l'ufficio*. E che in questi casi rimanga esclusa la tutela legittima, risulta evidente dal testo stesso dell'art. 245, che stabilisce doversi procedere dal consiglio di famiglia alla nomina d'un tutore, non solo *quando un figlio minore resti senza padre e madre, senza tutore da essi nominato, senza avo paterno e materno,* ma eziandio *quando il tutore avente alcuna delle qualità sopra espresse* — e quindi anche il tutore nominato dall'ultimo dei genitori ch'era rimasto superstite — *fosse escluso o legittimamente scusato.*

Tale infatti era la massima comunemente adottata dagli interpreti, sul corrispondente art. 405 del codice Francese; ed essa è pure ritenuta concordemente dai commentatori del codice nostro (1). Pure non mancò in senso contrario qualche opinione (2); la quale riterrebbe che anche in caso d'incapacità o dispensa del tutore testamentario dovesse farsi luogo alla tutela legittima, fondandosi sulla prevalenza di questa a fronte della dativa. Ma questa, che potrebb'essere, in ogni caso, una ragione adottabile in diritto costituendo, non può essere efficace contro il testo della legge, che senz'alcuna ambiguità ordina farsi luogo

(1) V. Toullier, t. II, n. 1107; Duranton, t. III, n. 441; Chardon, l. c., n. 45; Valette sur Proudhon, t. II, chap. VII, sect. III, obs. I; Marcadé, art. 402, § II, t. II, n. 192; Demolombe, t. VII, n. 179; Aubry et Rau, t. I, § 101, n. 2; Laurent, t. IV, n. 402; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 566, pag. 397; Buniva, t. II, n. 224; Borsari, t. I, § 564 (*b*), pag. 888.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 108, n. 8; Magnin, *Des minorités*, t. I, ni 472, 478; Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Minorité*, n. 149.

alla tutela dativa ogni volta che il tutore testamentario *sia escluso o legittimamente scusato.*

D'altronde non mancano neppure buone ragioni per giustificare la massima così chiaramente stabilita dal diritto positivo. Comunemente se ne adduce per motivo il rispetto dovuto alla volontà manifestata dal genitore, il quale, nominando un tutore testamentario al figlio, ha escluso il tutore legittimo. Dimostrammo però nei due numeri precedenti le considerazioni per le quali ci sembra che un tale concetto sia esagerato. Non è nè può essere per la privata volontà del genitore che si escluda in questi casi la tutela legittima e si dia luogo alla dativa; alla legge sola appartiene un tale potere, ed è essa che messa in sospetto verso il tutore legittimo dalla dimostrazione di sfiducia datagli dal genitore col nominare in vece di quello un tutore testamentario, prescinde dall'ordinaria sua presunzione, sulla quale si fonda l'istituzione della tutela legittima, ritira il mandato che generalmente conferisce all'avo paterno o materno, siccome persone sul cui interessamento pel minore sia sicuro il confidare, e se ne riferisce invece al prudente giudizio del consiglio di famiglia per quella determinazione che pel bene del minore medesimo sia più opportuna.

Aggiungemmo non essere neppure esatto che la volontà del genitore, nella nomina ch'egli faccia d'un tutore testamentario al figlio, sia assolutamente di escludere il tutore legittimo, poichè più che l'esclusione di questo, è la preferenza d'un altro tutore ch'egli vuole; o se piace meglio un altro modo di esprimersi, l'esclusione del tutore legittimo, voluta dal disponente, non è assoluta, ma relativa soltanto all'altro tutore da lui preferito. Ond'è che se non fosse la disposizione testuale dell'art. 245, non assumendosi l'ufficio, per incapacità, esclusione o dispensa, dalla persona che il testatore avea preferita, dovrebbe farsi luogo, secondo le regole comuni, alla tutela legittima piuttostochè alla dativa. Senonchè la preferenza stessa data dal geni-

tore ad un tutore testamentario sul legittimo, basta giustamente a scemare la fiducia della legge in quest'ultimo, a far subentrare il dubbio alla presunzione ordinaria che egli sia il più adatto per proteggere la persona e i beni del minore; e giustifica quindi che in questo stato di cose la legge non conceda più direttamente all'avo paterno o materno il mandato di tutore, ma rimetta alla prudenza del consiglio di famiglia il provvedere come meglio convenga all'interesse del minore.

Ad ogni modo, non si può disconoscere che la disposizione dell'art. 245, sebbene appoggiata a motivi giustificabili, costituisce in questa parte una eccezione alla regola comune, secondo cui prevale la tutela legittima alla dativa; e come eccezione deve quindi essere ristretta ai casi pei quali fu espressamente stabilita dalla legge. Ora, l'art. 245 parla soltanto del tutore testamentario che sia stato *escluso o legittimamente scusato*. Ciò stesso pertanto sembra che provi la massima proposta nel numero precedente: che quando il tutore testamentario non sia *escluso* ma *rimosso* dall'uffizio che già abbia esercitato, o non sia *legittimamente scusato dall'assumerlo, ma dispensato dal continuarlo*, abbia luogo prima la tutela legittima giusta la regola generale; e sia solo quando il minore sia rimasto anche *senza avo paterno e materno*, che il consiglio di famiglia debba procedere alla nomina del tutore dativo, secondo il predetto articolo 245. Inoltre havvi una ragione abbastanza plausibile — già accennata per un caso somigliante nel numero precedente — per questa differenza tra il caso che il tutore testamentario sia stato escluso o scusato dall'assumere la tutela, e quello in cui sia stato rimosso o dispensato dal continuarla. Nel primo caso la volontà del testatore, che al tutore legittimo ne preferiva un altro, non ha avuto alcun effetto; ma quella stessa disposizione di lui mette in diffidenza la legge verso il tutore legittimo, e le dà motivo di non chiamarlo ad esercitare, senza una deliberazione del consiglio di famiglia, quell'ufficio che il genitore defunto

avea voluto affidare invece ad altra persona, e ch'egli assumerebbe così contro la volontà espressa del medesimo genitore, in onta al giudizio che questi avea manifestato intorno alla convenienza, nell'interesse del minore, di preferire un altro tutore. Nel secondo caso invece la disposizione del genitore ha avuto tutto l'effetto che poteva avere; l'amministrazione, allorchè la tutela si è aperta, è stata assunta dalla persona ch'egli aveva prescelta. E se quella persona ha dovuto poi cessare dall'ufficio per una causa sopraggiunta di rimozione, o lo ha voluto per una causa legale di dispensa, chi può dire se il genitore avrebbe voluto parimente preferire un'altra persona ancora a quella che è designata dalla legge? Manca affatto in questo caso speciale ogni base per derogare alla regola generale, togliere l'ufficio al tutore legittimo, e deferire senz'altro al consiglio di famiglia la nomina d'un tutore dativo.

Per altro non vorremmo andar tanto oltre nell'applicare la massima che l'aprimento eccezionale della tutela dativa debba limitarsi ai casi contemplati, di *esclusione e dispensa* del tutore testamentario, da ritenere che avesse luogo la tutela legittima quando il tutore testamentario non fosse *escluso* ma *incapace*. La *incapacità*, determinata dalle disposizioni dell'art. 268, e la *esclusione* contemplata negli articoli 269 e 270, sono infine ugualmente *cause legali necessarie*, che formano ostacolo all'esercizio della tutela; differiscono tra loro in ciò solo, che l'esclusione dipende da *fatti personali che rendono indegno* chi sarebbe chiamato alle funzioni di tutore; mentre l'incapacità deriva da qualità o da fatti indipendenti da qualunque colpa della persona, i quali però la rendano inetta, secondo la legge, ad adempiere convenientemente l'ufficio della tutela. Ora, questa diversità nell'indole particolare delle cause, che impediscano al tutore testamentario di assumere le funzioni che gli spetterebbero, non ha per certo alcuna ragione d'influenza nel fare aprire, in mancanza della tutela testamentaria, la legittima piuttostochè la dativa. Che importa, per esempio,

che la persona nominata dal testatore abbia o sia per avere col minore una lite, che metta in pericolo una parte notabile delle sue sostanze, o che piuttosto quella persona sia incorsa in una condanna penale, senzachè il testatore stesso sapesse l'una cosa nè l'altra? E perchè mai nel primo caso — trattandosi d'incapacità, secondo l'art. 268, n. 3 — dovrebbesi far luogo alla tutela legittima, e nel secondo alla tutela dativa, trattandosi di *esclusione?* È dunque da ritenersi che parlando di *esclusione* la legge abbia inteso di comprendervi anche quella a cui dà più propriamente la denominazione specifica *d'incapacità.* A questo però dovrebbe aggiungersi una limitazione, se pure non è errata un'opinione che altra volta manifestammo: che, cioè, se il genitore rimasto superstite avesse scientemente nominato tutore uno incapace, allo scopo di escludere il tutore legittimo, senza sostituirgliene veramente un altro ch'egli preferisse, quella disposizione non avrebbe neppure l'effetto di dar luogo alla tutela dativa secondo l'articolo 245 (1). Con una massima diversa si aprirebbe — così ci sembra — l'adito a far frode alla legge, ad impedire la tutela legittima mediante il sotterfugio d'una nomina soltanto apparente di un tutore testamentario, a conferire per privata volontà al consiglio di famiglia quella facoltà di nominare un tutore dativo, che non può essergli attribuita se non in virtù della disposizione della legge.

38. La tutela legittima è attribuita, come vedemmo, all'avo paterno e all'avo materno; così però che quest'ultimo non sia chiamato se non *in mancanza* del primo (d.° art. 244 cod. civ.). Ma la determinazione del senso preciso in cui debba intendersi questa disposizione presenta pure qualche difficoltà. Che cosa ha voluto significare la legge parlando di *mancanza dell'avo paterno?* Ha inteso di

(1) V. sopra, n. 35, pag. 111.

riferirsi al solo caso della morte di lui; o a quelli, in genere, nei quali egli *manchi alla tutela* per qualsiasi causa? Ha inteso di riferirsi al solo momento in cui la tutela si apre, od anche al tempo posteriore, sicchè basti che l'avo paterno manchi alla tutela durante l'esercizio di essa, perchè debba subentrargli l'avo materno? Tali sono i quesiti, dei quali dovremo ricercare la soluzione nello stabilire i casi in cui alla tutela legittima dell'avo paterno abbia a subentrar quella dell'avo materno, o piuttosto la tutela dativa. Questa indagine è affatto simile a quella di cui già ci occupammo determinando, nei due numeri precedenti, in quali casi la mancanza di tutore testamentario faccia luogo alla tutela legittima, e in quali debba senz'altro subentrare la tutela dativa. E nondimeno le massime da adottarsi possono essere in qualche parte differenti, perchè sono anche diversi gli estremi da cui si parte.

Quando si tratta del passaggio dalla tutela testamentaria alla dativa, l'ammetterlo importa esclusione completa della tutela legittima; il che costituisce necessariamente una eccezione ai principii generali, secondo cui nell'ordine tra le diverse specie di tutela la dativa viene ultima, in sussidio soltanto della testamentaria e della legittima. È dunque naturale che una tale eccezione alle regole comuni non si ammetta che con maggiore difficoltà, e solo quando l'autorizzino chiaramente le disposizioni della legge.

Quando invece si tratti di passare dalla tutela legittima dell'avo paterno alla dativa, senza trasmettere la tutela legittima stessa all'avo materno, è chiaro che l'ordine naturale tra le diverse specie di tutela è osservato. In mancanza della tutela testamentaria è subentrata la legittima nella persona dell'avo paterno. Resta solo di vedere se, secondo il sistema e lo spirito della legge, abbia ad intendersi con ciò esaurito il grado della tutela legittima, e si debba quindi passare immediatamente alla dativa, o sia necessario deferir prima l'ufficio anche all'avo materno. La differenza, a fronte del caso in cui dalla tutela testamentaria si passi alla dativa senza tener conto della legittima, è troppo manifesta.

Inoltre l'ammettersi dalla legge la tutela dativa quando il tutore testamentario sia stato escluso o legittimamente scusato, ha per motivo — come vedemmo — la diffidenza che sorge verso il tutore legittimo dal fatto stesso che il genitore del minorenne abbia preferito a quello un'altra persona. Ora è troppo evidente che questa considerazione non ha nulla di comune col caso in cui si tratti invece del passaggio dalla tutela legittima dell'avo paterno alla dativa, piuttostochè alla tutela legittima dell'avo materno.

Riconosciute così le condizioni speciali del campo in cui ci troviamo nella presente disquisizione, ci occuperemo ora di determinare quando sia che, mancando la tutela legittima dell'avo paterno, si debba ricorrere a quella dell'avo materno, o piuttosto alla tutela dativa.

Allorchè l'avo paterno sia premorto all'aprimento della tutela del minore, è indubitabile che deve devolversi all'avo materno la tutela legittima; la quale infatti non avrebbe mai luogo per lui, se essendo premorto l'avo paterno dovesse senz'altro il consiglio di famiglia procedere alla nomina d'un tutore dativo.

Ma sarà lo stesso anche quando l'avo paterno sia superstite al tempo in cui si apre la tutela del minore, ma non assuma l'ufficio per qualche causa d'incapacità o di esclusione, o se ne esima per qualche causa legittima di dispensa, o dopo averlo assunto ed esercitato per un tempo, ne cessi per morte o per motivi d'incapacità a continuarla, o di rimozione, o di scusa, determinati dalla legge?

Nel primo caso — cioè d'incapacità, di esclusione o dispensa dell'avo paterno dallo assumere la tutela — gli autori sono concordi nel ritenere che facciasi luogo senz'altro alla tutela dativa (1). A primo aspetto potrebbe, è vero, far pensare il contrario l'espressione dell'art. 244,

(1) V. Duranton, t. III, n. 447; Chardon, *Des trois puissances*, p. III, n. 50; Marcadé, art. 402, § II, t. II, n. 192; Demolombe, t. VII, n. 186: Aubry et Rau, t. I, § 101, n. 3; Laurent, t. IV, n. 405; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 566; Borsari, t. I, § 566, pag. 891; Ricci, n. 392.

che deferisce la tutela all'avo materno in *mancanza dell'avo paterno;* poichè questa parola — *mancanza* — è tanto generale da comprendere non solo il caso di premorienza, ma quelli eziandio d'incapacità, di esclusione o di scusa. Ma, come più volte osservammo, non è possibile stabilire con sicurezza quando abbia luogo la tutela legittima e quando la dativa, senza consultare e combinare col predetto art. 244 la disposizione del successivo 245. Ora quest'ultimo dichiara senz'ambiguità alcuna doversi procedere dal consiglio di famiglia alla nomina di un tutore, non solo quando il minore *resti senza padre e madre, senza tutore da essi nominato, senza avo paterno e materno*, ma quando pure *il tutore avente alcuna delle qualità sopra espresse fosse escluso o legittimamente scusato.* È testuale adunque che anche se l'avo paterno non assuma la tutela legittima per qualche causa d'incapacità, di esclusione o di dispensa, debbasi nominare un tutore dativo, quantunque vi sia l'avo materno. La massima è la stessa, come quando sia escluso o legittimamente scusato il tutore testamentario; al quale subentra allora un tutore dativo, quantunque vi sia l'avo paterno o materno che potrebbe assumere la tutela legittima. Eppure non vi è certamente tra i due casi identità di motivi; chè il fatto solo della nomina d'un tutore testamentario, sebbene questi non possa o non voglia assumere l'ufficio, basta per scemare la fiducia della legge nel tutore legittimo, al quale perciò essa non conferisce più direttamente il mandato, rimettendo invece alla prudenza del consiglio di famiglia l'affidarlo a lui o ad altri, secondochè giudichi più opportuno nell'interesse del minore; mentre quando si tratti della tutela legittima, e sia incapace o dispensato l'avo paterno, non vi è una ragione simile per ricorrere immediatamente alla tutela dativa, sorpassando l'avo materno, che pur sia superstite e capace. Nella tutela legittima si preferisce l'avo paterno al materno, ma in massima si preferisce tanto l'uno che l'altro ad un tutore dativo; alla cui nomina infatti non vi è luogo, di regola, se

non quando il minore *resti senza avo paterno e materno.* E perchè dunque l'incapacità, l'esclusione o la scusa dell'avo paterno rende preferibile all'avo materno un tutore dativo? È chiaro che in tale aspetto sarebbe impossibile giustificare questa disposizione della legge; bisogna cercarne altrove la spiegazione. Nè sembra che si possa trovarla se non nel ritenere che il legislatore — convinto dei notati inconvenienti, che s'incontrano nella tutela legittima, e della conseguente opportunità, per l'interesse del minore, di limitare assai i casi di quella tutela, deferendo piuttosto al consiglio di famiglia la scelta d'un tutore dativo, abbia considerata come esaurita la tutela legittima stessa appena che sia stata deferita, in virtù della sua disposizione, ad uno dei due avoli del minore, ancorchè per qualche causa d'incapacità, di esclusione o di scusa non abbia effettivamente assunto l'esercizio dell'ufficio.

Così viene a stabilirsi la regola, insegnata da alcuni degli autori sopra citati, che nella tutela legittima non vi è luogo a devoluzione dall'una all'altra delle persone che vi sono dalla legge chiamate; ma quando sia superstite, al momento in cui s'apre la tutela, l'avo paterno, si esaurisce in lui la tutela legittima per ciò solo ch'egli vi sarebbe chiamato dalla legge, ancorchè realmente non l'assuma per qualunque delle cause dalla legge medesima ammesse. E questa regola deriva da ciò stesso che l'art. 245 stabilisce, doversi procedere alla nomina d'un tutore dativo quando l'avo paterno del minore sia escluso o legittimamente scusato, ancorchè sia superstite l'avo materno; stantechè una tal massima non sarebbe spiegabile se non partendo dal predetto principio.

Ma ammesso questo, ne discendono poi conseguenze importanti anche per gli altri casi, in cui l'avo paterno, dopo avere effettivamente esercitata la tutela, ne abbia cessato per qualche causa d'incapacità sopravvenuta o di scusa, o per rimozione, o per morte.

Se l'avo paterno, rimanendo in vita, cessi però per una causa qualsiasi dalla tutela, è opinione comune ch'essa non

passi all'avo materno, ma spetti al consiglio di famiglia il nominare un tutore (1). Nè vi è ragione da opporre. Posta la massima, che vedemmo risultare dal testo e dallo spirito della legge, che la tutela legittima non si devolva per gradi dall'una all'altra delle persone ad essa chiamate, ma basti l'essere stata superstite una di queste persone al tempo in cui la tutela si è aperta, perchè la tutela legittima abbia a considerarsi come esaurita e si debba senz'altro passare alla dativa; è chiaro che a maggior ragione si deve applicare una tal massima, e considerare come esaurita la tutela legittima, se l'avo paterno non solo sia stato superstite allorchè si aprì la tutela, ma l'abbia effettivamente esercitata per un certo tempo. Propugnammo, è vero, una massima contraria pel tutore testamentario, il quale fosse stato rimosso o dispensato dal continuare nella tutela, ritenendo che allora non si desse luogo alla tutela dativa, ma alla legittima (2). Senonchè i motivi, dai quali ci parve giustificata quella opinione, non sarebbero punto applicabili all'argomento presente. La considerazione relativa alla volontà del genitore, da cui fu nominato il tutore testamentario, che poi venne rimosso o dispensato dal continuare nella tutela, è affatto estranea al caso attuale, in cui non si tratta di cessazione della tutela testamentaria. E se è una eccezione — la quale perciò non può estendersi oltre i casi espressamente contemplati — l'essere stabilito che quando sia stato escluso o legalmente scusato il tutore testamentario abbiasi a procedere dal consiglio di famiglia alla nomina d'un tutore, sorpassando così alla tutela legittima, non è all'opposto che una regola generale il non farsi luogo alla devoluzione per gradi nella tutela legittima, dall'una all'altra delle persone che vi sono chiamate e che fossero ambedue superstiti al tempo in cui la tutela si è aperta.

(1) V. Duranton, t. III, n. 447; Demolombe, t. VII, n. 187; Aubry et Rau, t. I, § 101, nª 5: Laurent, t. IV, n. 405.

(2) V. sopra, n. 37, pag. 127 e seg.

Più dubbio, e in realtà controverso, è il caso che l'avo paterno, dopo avere effettivamente esercitata la tutela, sia morto prima ch'essa finisse. È sostenuta da rispettabili giureconsulti la devoluzione in tal caso della tutela legittima all'avo materno (1). E non si può disconoscere che questa opinione parrebbe a prima giunta saldamente appoggiata al testo della legge, che dichiara farsi luogo alla nomina del tutore dativo solamente quando il minore resti “ senza padre e madre, senza tutore da essi nominato, *senza avo* “ *paterno e materno* „, onde sembrerebbe che la sopravvivenza dell'avo materno, quando anche l'avo paterno fosse morto durante la tutela da lui prima esercitata, bastasse ad impedire che si scendesse alla tutela dativa.

Nondimeno vi sono anche imponenti autorità in senso contrario (2). E se è vero — come ci parve dimostrato — essere stata ritenuta dal nostro legislatore la massima che nella tutela legittima non abbia luogo la devoluzione di essa per gradi dall'una all'altra delle persone alle quali è attribuita dalla legge, l'applicazione di tale principio deve produrre anche qui la conseguenza che quando la tutela legittima sia stata effettivamente esercitata dall'avo paterno, debba reputarsi definitivamente esaurita in lui, di guisa che, s'egli poi muoia durante la tutela, questa non abbia a trasmettersi all'avo materno, ma debba farsi luogo senz'altro alla tutela dativa. E invero, se ciò avviene, per la espressa disposizione dell'art. 245, qualora l'avo paterno non abbia esercitata la tutela, ma ne sia stato escluso o legittimamente scusato, se si considera come esaurita in lui la tutela legittima per ciò solo che gli era devoluta per legge, quantunque non abbia potuto o voluto assumerla, a tanto maggior ragione si deve ritenere che l'abbia esaurita, epperò dopo di lui la tutela debba divenire dativa,

(1) V. Marcadé, art. 402, § II, t. II, n. 192; Demolombe, t. VII, n. 187; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 602.

(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 101, n.a 3: Laurent, t. IV, n. 405; Borsari, § 566, pag. 891; Ricci, n. 392, pag. 501, 502.

quando non solo gli fu devoluto l'ufficio, ma lo assunse effettivamente e lo esercitò per quanto gli bastò la vita.

Come conclusione di tutte le considerazioni che siam venuti esponendo in questo numero, ecco dunque le risposte, che ne raccogliamo, ai due quesiti fondamentali che formulammo da principio. L'art. 244 parlando della *mancanza dell'avo paterno*, la quale lascia luogo alla tutela legittima dell'avo materno, ha voluto riferirsi *al solo caso di morte* dell'avo paterno medesimo, non a qualunque altra causa per la quale egli manchi alla tutela.

Il caso di morte dell'avo paterno, che fa devolvere la tutela legittima all'avo materno, è poi considerato *in relazione soltanto al tempo in cui la tutela si apre.*

In fine, pertanto, la devoluzione della tutela legittima all'avo materno non può avverarsi se non quando *l'avo paterno sia premorto al tempo in cui si apre la tutela del minore*. In ogni altro caso, sia poi che l'avo paterno non abbia potuto o voluto per qualunque causa ammessa dalla legge assumere la tutela, sia che dopo averla assunta ed effettivamente esercitata ne abbia cessato per qualsiasi causa legale od anche per morte, è sempre esclusivamente la tutela dativa che ha luogo secondo la disposizione dell'art. 245.

39. La tutela legittima propriamente detta, quella che l'art. 244 dichiara spettare di diritto all'avo paterno, e in mancanza di questo all'avo materno, ha luogo soltanto pei figli nati da matrimonio legittimo.

Per quelli che siano nati fuori di matrimonio, ancorchè la loro filiazione naturale sia stata riconosciuta legalmente o dichiarata giudizialmente, quella specie di tutela legittima non è possibile. Imperocchè tra il figlio naturale e i parenti legittimi del padre e della madre di lui, non esclusi i loro genitori, la legge non riconosce rapporti di diritti e di obbligazioni civili (1). Ora la tutela dell'avo paterno o

(1) V. vol. V, p^e I, n. 6, pag. 16 e seg.; vol. VI, p^e II, n. 151 *bis* III, pag. 441.

materno del minore è senza dubbio un diritto ad un tempo ed una obbligazione, che il rapporto civile di parentela produce tra quelle persone. Non può adunque attribuirsi un tale effetto alla filiazione naturale, per quanto legalmente costante.

Tuttavia anche pei figli nati fuori di matrimonio può verificarsi qualche specie particolare di tutela legale differente però dalla tutela legittima ordinaria.

Quando la filiazione naturale sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata, il genitore che ha operato il riconoscimento, e se ambidue lo abbiano fatto, il padre, a cui spetta la preferenza, ha la *tutela legale* del figlio (art. 184 codice civile); tutela che in molti rapporti differisce dall'ordinaria e si ravvicina ne' suoi attributi alla patria potestà, ma che non cessa per questo di avere la qualificazione e i caratteri giuridici di vera tutela, e di esser soggetta alle norme comuni di essa, in quanto la legge non vi abbia espressamente o tacitamente derogato. Intorno a che basterà riferirci a quanto esponemmo in proposito commentando il citato art. 184 (1).

Quando poi si tratti di figli adulterini od incestuosi — pei quali non è ammesso il riconoscimento volontario, nè la ricerca giudiziale di maternità e paternità — o di figli di genitori ignoti, può tuttavia aver luogo una specie particolare di tutela legale; ed è quando quei figli siano ammessi in un pubblico ospizio, la cui amministrazione costituisce per essi, di diritto, " il consiglio di tutela, senza " intervento di pretore, e può, ove le circostanze lo esi- " gano, eleggere uno degli amministratori per esercitare le " funzioni di tutore „ (art. 262 cod. civ.). È pertanto anche questa una specie di tutela legale; che però può esser mista di *dativa*, inquantochè le funzioni proprie del tutore possono essere delegate dal consiglio amministrativo dell'ospizio ad uno degli amministratori. Da tutto ciò derivano

(1) V. vol. VI, parte II, n. 154, pag. 453 e seguenti.

a questa tutela caratteri ed ordinamenti affatto particolari, che ci riserbiamo di esporre più oltre spiegando la disposizione del citato art. 262. Il quale, del resto, è applicabile, secondo la dichiarazione espressa del testo, *a tutti i fanciulli ammessi negli ospizi a qualunque titolo*, ancorchè procedano da filiazione legittima, *qualora non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore;* ed è applicabile pure a quelli la cui filiazione naturale sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata, quando non abbiano i genitori da cui siano stati riconosciuti, che possono esercitare su di essi la tutela legale.

§ III. — *Della tutela dativa.*

Sommario. — 40. In quali casi abbia luogo la tutela dativa pei minori che siano nati da legittimo matrimonio. — 41. In quali casi abbia luogo la tutela dativa pei minori che siano nati fuori matrimonio. — 42. Della nomina del tutore dativo.

40. La tutela dativa è quella, che, in mancanza di tutore testamentario e di tutore legittimo, è deferita dal consiglio di famiglia o di tutela ad una persona da esso eletta.

In quali casi abbia luogo questa specie di tutela è determinato negli art. 245 e 248 del nostro codice. Della prima di queste disposizioni dovemmo già occuparci a lungo nel paragrafo precedente, esaminando i casi della tutela legittima; perchè in mancanza di tutela testamentaria dovendo necessariamente aprirsi o la legittima o la dativa, le disposizioni della legge riguardanti l'una e l'altra sono necessariamente ed intimamente collegate tra loro; in guisa da non poter prescindere da un esame contemporaneo e comparativo di esse. Condotti da tale necessità anticipammo sul predetto art. 245 uno studio abbastanza ampio e particolareggiato, per non rimanerci ora più che di raccogliere le massime che reputammo di poter stabilire, riferendoci per la dimostrazione a quanto già esponemmo.

Ecco dunque quali sono, secondo le opinioni che abbiamo adottate, i casi in cui si fa luogo alla tutela dativa:

1° Quando, non vi essendo tutore testamentario, non siano neppure superstiti, al tempo in cui si apre la tutela, nè l'avo paterno nè il materno;

2° Quando, essendo stato eletto dall'ultimo dei genitori ch'era rimasto superstite un tutore testamentario, questi non abbia assunta la tutela per qualche causa di incapacità, di esclusione o di scusa;

3° Quando, non vi essendo tutore testamentario, ma essendo superstite l'avo paterno e il materno, il primo di essi non abbia assunta la tutela per qualche causa d'incapacità, di esclusione o di scusa;

4° Quando avendo assunta la tutela legittima l'avo paterno, egli ne abbia cessato per incapacità sopravvenuta, o per qualche causa di rimozione o di scusa, od anche per morte, quantunque sia superstite ancora e capace alla tutela l'avo materno.

41. I figli naturali sono soggetti a tutela dativa, qualora cessi durante la loro minore età la tutela legale attribuita dall'art. 184 ai genitori che li abbiano riconosciuti (art. 248 cod. civ.). S'intende che se siano stati riconosciuti da ambidue, e il padre, a cui la tutela compete di preferenza, muoia, o per qualunque causa cessi dalla tutela legale predetta, essa passa alla madre, ed è solo quando di lei pure avvenga la morte o la cessazione dalla tutela legale, che subentra la dativa. Del resto è chiaro che estinguendosi assolutamente la tutela legale stabilita dall'articolo 184, non è più possibile che la *dativa;* poichè è esclusa la testamentaria, non essendo concessa la facoltà di nominare un tutore fuorchè *al genitore che al tempo di sua morte sia nell'esercizio della patria potestà* (art. 243 cod. civile), mentre al genitore naturale non è attribuita la patria potestà civile, ma la semplice tutela legale sui figli; ed è esclusa parimente la tutela legittima ordinaria, non essendo

questa attribuita che all'avo paterno e materno, mentre il figlio naturale non ha alcun rapporto civile di diritti o di obbligazioni coi genitori del padre e della madre che l'hanno riconosciuto, come non ne ha con nessun altro dei parenti legittimi di costoro.

Anche i *figli minori di genitori ignoti*, quando non siano ricoverati in un pubblico ospizio, devono essere provveduti d'un tutore dativo dal consiglio di tutela (d.° articolo 248 cod. civ.). Altrimenti essi sono affidati — come già accennammo — all'amministrazione dell'ospizio in cui si trovano; la quale può anche, secondo le circostanze, eleggere uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore (art. 262 cod. civ.). In quest'ultimo caso soltanto sorge pei minori predetti una specie di *tutela dativa;* della quale vedremo poi a luogo opportuno se e fino a qual punto essa vada soggetta alle norme comuni. Ma la vera tutela dativa ordinaria non si verifica pei figli minori di genitori ignoti se non quando non siano od abbiano cessato di essere ricoverati in un ospizio.

42. Al consiglio di famiglia o di tutela non è imposta dalla legge alcuna limitazione quanto all'esercizio del potere che gli è attribuito di nominare un tutore dativo. Ne deriva dunque che la facoltà spettante in proposito al consiglio predetto sia affatto libera, bastando che venga eletta persona capace, e salvo a chi è nominato il potersi far dispensare dall'ufficio qualora si trovi in uno dei casi di scusa ammessi dalla legge. Può quindi il consiglio preferire un estraneo, od un parente più lontano, od un affine, ai parenti più prossimi, anche agli stessi ascendenti che il minore abbia.

La scelta dev'essere determinata principalmente dalla considerazione di ciò che meglio giovi all'interesse del minore: e il giudicarne è deferito totalmente al criterio ed alla prudenza del consiglio, che ne delibera a maggioranza assoluta di voti. Ed è appunto pel fine di giovar meglio alla

protezione efficace del minore, facendo che la scelta del tutor suo sia deliberata in piena cognizione di causa dal consiglio di famiglia, è appunto perciò che nella nostra legislazione — come altrove notammo — fu così notabilmente ristretta la tutela legittima limitandola soltanto agli avoli paterno e materno. È chiaro però che qualora le circostanze non consiglino altrimenti, nell'interesse del tutelato, il consiglio di famiglia deve deferire a preferenza la tutela dativa ai parenti del minore, e piuttosto ai più prossimi che ai più remoti; sia perchè la relazione stessa di parentela, e tanto più quanto è più stretta, è per sè medesima una garanzia del maggior interessamento verso il minore: sia perchè inoltre è conforme a giustizia che il carico della tutela cada piuttosto su coloro che hanno il vantaggio dell'eventuale diritto alla successione del tutelato. E che ciò sia anche nello spirito della legge lo dimostra chiaramente la disposizione dell'art. 274, la quale permette all'estraneo di esimersi dalla tutela quando vi siano parenti od affini capaci di assumerla e non dispensati per causa legittima.

A chi spetta il promuovere la nomina del tutore dativo? In qual forma dev'essa farsi? Da chi, per quali cause e in quali modi potrebbe esser impugnata? Sono domande alle quali faremo più opportunamente risposta allorchè tratteremo delle deliberazioni del consiglio di famiglia; poichè le norme generali ad esse relative servono di base a risolvere anche in questo speciale argomento i quesiti preaccennati.

Sezione II.

Del consiglio di famiglia e del consiglio di tutela.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 43. Della istituzione del consiglio di famiglia. Scopo ed uffici di esso. — 44. Permanenza del consiglio di famiglia. Motivi e conseguenze di questa massima stabilita dal nostro codice. — 45. Sede in cui si costituisce il consiglio di famiglia. — 46. In quali casi e modi possa essére trasferita altrove la sede predetta. — 47. Del consiglio di tutela. — 48. Partizione della materia.

43. Il consiglio di famiglia, considerato come parte organica dell'ufficio di tutela dei minori, è un collegio domestico istituito allo scopo di cooperare nel modo più efficace alla protezione del minore, dandogli un tutore, se già non l'abbia per testamento o per legge, sorvegliando alla gestione del tutore stesso, rimuovendolo, se ne sia caso, autorizzandolo a fare certi atti giuridici, e concorrendo al governo degli interessi del minore nei diversi affari della tutela, entro i limiti e nei modi dalla legge stabiliti.

Questa istituzione ebbe origine dal diritto consuetudinario francese, fu mantenuta nel codice Napoleone, e da esso passò in alcuni dei codici Italiani (codice pel regno delle Due Sicilie, art. 328; cod. Alb., art. 262). Il codice Austriaco non ne aveva traccia; salvochè stabiliva *potersi, occorrendo, sentire il parere dei più prossimi congiunti di sangue*, oltre a quello del tutore, quando si trattasse di *dispensare dall'età* il minore che avesse oltrepassati i venti anni e parificarlo ad un maggiorenne (§ 252). — In altri codici era appena adombrata qualche cosa di simile alla istituzione del consiglio di famiglia, richiedendo che alcuni tra i più gravi atti di amministrazione — quali il prendere danaro a prestito, l'alienare e permutare beni immobili, il costituire ipoteche o servitù — non potessero compiersi se non *col consenso dei due parenti prossimiori, da eleggersi*

dal giudice, e colla autorizzazione del giudice stesso, il quale potesse accordarla soltanto per causa di necessità assoluta o di evidente vantaggio del tutelato (cod. Parm., art. 253; cod. Est., art. 286).

Nel codice attuale si stimò di provvedere nel miglior modo alla più efficace protezione del tutelato applicando anche al governo degli interessi di lui il principio, che se giova di affidare ad un solo l'eseguire, il deliberare invece debba essere di molti. D'altra parte la solidarietà d'interessi, esistente sì nell'ordine morale che nel civile tra persone legate da vincolo di parentela, sta a sicurtà del vantaggio che può ritrarre il tutelato dall'essere chiamata la famiglia di lui a cooperare efficacemente a proteggerlo, concorrendo come corpo deliberante negli affari della tutela.

Con questi intendimenti fu dunque dal nostro codice ripristinata nel suo carattere originario l'istituzione del consiglio di famiglia. Havvi però un punto importante di differenza. Secondo il codice Napoleone i parenti che si chiamavano a comporre il consiglio di famiglia, dovevano essere presi in parti eguali dalla linea paterna e dalla materna, preferendo in ciascuna di esse i parenti o gli affini più prossimi di grado, e in parità di grado i parenti agli affini, e fra parenti od affini di egual grado gli anziani di età. Questa composizione, nella quale volevasi rappresentata ognuna delle due linee, accennava adunque al concetto del legislatore che il consiglio si costituisse nell'interesse anche della famiglia stessa, affinchè col mezzo di quella duplice rappresentanza, sì dal lato paterno che dal materno, essa prendesse effettivamente parte al governo di quel patrimonio che potrebb'essere eventualmente chiamata a raccogliere per successione al minore. Invece il codice Italiano, più rigoroso nell'osservanza del principio che tutto nella tutela debba essere preordinato al solo interesse dell'incapace, ha abbandonato l'idea che la famiglia paterna e la materna debbano avere parte eguale nella composizione del consiglio; ha determinato quali siano i

consulenti di diritto avendo riguardo soltanto all'ordine della loro parentela col minore, poi alla prossimità del grado, in fine all'anzianità; ma senza distinguere a quale delle due linee tali parenti appartengano (art. 252 codice civile); e, in mancanza di questi consulenti di diritto, ha affidato al pretore di designare gli elettivi, dandogli per sola norma di preferire, per quanto sia possibile e conveniente, i più prossimi (art. 253 cod. civ.).

Delle attribuzioni del consiglio di famiglia nella tutela dei minori abbiam già dato cenno a larghi tratti in uno dei numeri precedenti (1). Ma qui non sarà forse inopportuno il classificarle secondo i diversi ordini di uffici spettanti al consiglio predetto. Essi sono i seguenti:

1° *Provvedimenti relativi al tutore ed al protutore.*

Così è che il consiglio procede alla nomina del tutore dativo, quando il minore resti senza tutore nominato dall'ultimo dei genitori ch'era rimasto superstite, e senza avo paterno e materno (art. 245 cod. civ.); nomina pure il protutore, quando non ve ne sia uno testamentario (articolo 264 cod. civ.); delibera sull'esclusione o rimozione del tutore o del protutore, se ne sia caso (art. 271 codice civile); indica i beni del tutore sui quali debba iscriversi l'ipoteca legale a favore del minore, qualora il tutore non preferisca di dare in altro modo la cauzione a cui è tenuto, o il consiglio medesimo non deliberi, coll'approvazione del tribunale, di accordarne dispensa, e determina la somma a concorrenza della quale debbasi dare guarentigia (articolo 292 cod. civ.); libera il tutore dalla cauzione data, o acconsente che si cancelli l'iscrizione d'ipoteca presa in luogo di essa, o delibera di estendere o restringere l'iscrizione medesima, salvo sempre in tutti questi casi la necessità che intervenga l'omologazione del tribunale (art. 293 cod. civ.); autorizza per circostanze particolari il tutore a farsi coadiuvare nell'amministrazione, sotto la sua respon-

(1) V. sopra, n. 17, pag. 50.

sabilità, da una o più persone stipendiate (art. 295 codice civile).

2° *Provvedimenti relativi alla persona del tutelato.*

In quest'ordine sono da collocarsi le deliberazioni che il consiglio di famiglia è chiamato a prendere per determinare il luogo in cui il minore debba essere allevato e l'educazione che convenga dargli (art. 278 cod. civ.); per autorizzare il tutore a provocare dal presidente del tribunale il provvedimento con cui ordini di collocare in una casa od in un istituto di educazione o di correzione il minore, che dia gravi motivi di lamento per mala condotta (art. 279 cod. civ.); per pronunciare sul ricorso che gli sia presentato dal minore contro il tutore, che abusi della sua autorità o trascuri gli obblighi del suo ufficio (art. 280 codice civile).

3° *Vigilanza sull'amministrazione del tutore, e disposizioni tendenti alla conservazione ed al miglioramento del patrimonio dell'amministrato.*

In questa categoria si comprendono le deliberazioni che il consiglio prenda, a norma del già citato art. 280, quando il ricorso presentato dal minore riguardi la cattiva amministrazione del tutore, e quelle inoltre con cui nomini il notaio per mezzo del quale abbia a procedersi alla formazione dell'inventario (art. 282 cod. civ.); con cui deleghi persone, le quali abbiano ad intervenire alla formazione dell'inventario stesso per gli stabilimenti industriali o commerciali, che siano nel patrimonio del minore (art. 284 cod. civ.); con cui stabilisca il modo nel quale debbano essere collocati i valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi, che si trovino nel medesimo patrimonio (art. 287 cod. civ.); con cui autorizzi il tutore a conservare in tutto od in parte, od a vendere ad offerte private i mobili del minore, invece di venderli ai pubblici incanti (art. 290 cod. civ.); con cui si stabilisca per approssimazione l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore e per l'amministrazione del patri-

monio, fissando la somma da cui cominci l'obbligo al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite, il modo dell'impiego e il tempo entro il quale debba essere fatto (art. 291 cod. civ.); con cui disponga per la conversione in altro impiego dei titoli al portatore che il minore abbia nel suo patrimonio (art. 298 cod. civ.); con cui ordini l'alienazione e liquidazione degli stabilimenti di commercio o di industria, che si trovino nel patrimonio del minore, o permetta invece per evidente utilità del minore, e salva l'omologazione del tribunale, che si continui l'esercizio di quegli stabilimenti (art. 299 cod. civ.).

4° *Autorizzazione al tutore per certi atti di disposizione, i quali per la più grave loro importanza possano compromettere il patrimonio dell'amministrato.*

Intendiamo di accennare con ciò a quegli atti, ai quali, secondo le disposizioni contenute nell'art. 296, è vietato al tutore di procedere senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e se per alcuni di essi non vi si aggiunga eziandio l'omologazione del tribunale, a norma dell'articolo 301. Al medesimo ordine può ascriversi pure l'autorizzazione, che è necessario riportino dal consiglio di famiglia il tutore e il protutore, qualora vogliano prendere in affitto i beni del minore (art. 300 cod. civ.).

5° *Sindacato sui risultamenti dell'amministrazione del tutore.*

Tale sindacato si esercita dal consiglio di famiglia in doppio modo: coll'esame e colla deliberazione sugli stati annuali che il tutore è tenuto a presentare (art. 303 cod. civ.), e coll'approvare, o no, il conto finale da rendersi dal tutore — qualora egli cessi dall'ufficio prima che l'amministrato sia giunto alla maggiore età o sia emancipato — a colui che gli succede nella tutela (art. 306 cod. civ.).

Con tutto ciò non presumiamo di aver fatta una enumerazione assolutamente completa di tutte le attribuzioni spettanti al consiglio di famiglia. Ci preme di richiamare un principio da noi ritenuto come fondamentale; che, cioè,

quelle attribuzioni sono determinate tassativamente dalla legge, e l'estenderle fuori di ciò che risulti espressamente dai testi sarebbe arbitrario e lesivo de' poteri del tutore; il quale dalla legge stessa è preposto, con una massima generalissima, *alla cura della persona del minore, alla rappresentanza di lui in tutti gli atti civili ed all'amministrazione de' suoi beni.* Non si può disconoscere infatti che ad ogni ingerenza accordata al consiglio di famiglia corrisponde una limitazione all'autorità del tutore; e ciò non può derivare che da una disposizione della legge, poichè da questa gli è attribuita una tale autorità. Dalla quale massima possiamo fin d'ora dedurne un'altra, che avremo ancora a richiamare in seguito. Si suol dire che il consiglio di famiglia, oltre d'essere un *corpo deliberante*, è anche *consultivo*, perchè può esserne chiesto il voto sia dal magistrato, sia dal tutore, anche intorno ad affari sui quali non debba per legge deliberare. Vi è infatti qualche caso — e lo vedremo tra breve — in cui la legge vuole che il tribunale, prima di pronunziarsi, senta il parere del consiglio di famiglia (art. 327 cod. civ.). Ed anche indipendentemente da ogni disposizione imperativa della legge, non vi ha dubbio che può essere in molti casi prudente da parte del tutore il chiedere l'avviso del consiglio di famiglia, e conveniente da parte di questo il non rifiutarsi a ciò che può giovare a dar lume e indirizzo nel governo della persona e dei beni del tutelato per maggior vantaggio di lui. Tuttavia è certo altrettanto che quando si trattasse di affari in cui la deliberazione del consiglio di famiglia non fosse richiesta dalla legge, la quale attribuisse intorno ad essi libera ed esclusiva facoltà al tutore, il consiglio di famiglia non sarebbe obbligato ad emettere il suo voto; se anche lo desse, non sarebbe poi tenuto il tutore a conformarvisi; nè questi, facendolo, si esonererebbe dalla propria responsabilità personale pel danno che fosse derivato dall'atto compiuto, salvo solo tenergli conto della diligenza usata, come elemento di presunzione contro la colpa, che

sarebbe necessario supporre in lui per ritenerlo responsabile.

Da ciò che abbiam detto risulta pertanto che nell'organizzazione degli uffici della tutela il consiglio di famiglia è principalmente un potere deliberante. Il che però, come notammo in altro luogo (1), non va inteso nel senso che le facoltà di deliberazione siano concentrate esclusivamente nel consiglio di famiglia, e il tutore non abbia che un potere esecutivo. All'opposto — abbiamo avuto occasione di rammentarlo or ora — il tutore riunisce in sè generalmente i poteri più ampii per tutto ciò che occorra a proteggere la persona ed amministrare i beni del minore, senz'altre limitazioni fuor di quelle che risultino da espresse disposizioni di legge. L'ufficio del tutore non è dunque ristretto alla semplice esecuzione delle deliberazioni del consiglio, ma gli lascia piena libertà d'azione in tutti quegli affari in cui la legge non esiga la deliberazione del consiglio di famiglia. È vero solamente che a quest'ultimo non spetta alcun potere esecutivo. L'ufficio suo si esaurisce colle deliberazioni, alle quali è chiamato dalla legge; nè gli si appartiene di curarne l'esecuzione, nè di risolvere le difficoltà che circa l'esecuzione stessa, o sul merito di quelle deliberazioni, o per occasione di esse possano sollevarsi. Il decidere su tali controversie è di competenza esclusiva, secondo le regole comuni, dell'autorità giudiziaria (2).

Da quest'ultima osservazione apparisce quanto sia erroneo il concetto di alcuni che considerano il consiglio di famiglia come un *tribunale famigliare*. Una tale qualificazione non può di certo convenire ad un corpo che non è chiamato mai a dirimere alcuna controversia, ma solo a regolare colle proprie deliberazioni quelli tra gli affari della tutela che gli sono specialmente affidati dalla legge.

(1) V. sopra, n. 17, pag. 50 e seg.
(2) V. Duranton, t. III, n. 472.

Fin qui parlammo delle attribuzioni del consiglio di famiglia in ordine alla tutela dei minori. Siccome però le disposizioni relative a questa sono comuni alla tutela degli interdetti (art. 329, § 2, cod. civ.), così non vi ha dubbio che anche a tale materia siano da estendersi le medesime massime.

Nella tutela stessa degli interdetti il consiglio di famiglia ha inoltre altre speciali missioni, conferitegli dalla legge: quali son quelle di *dar parere* prima che il tribunale si pronunzi sull'istanza per interdizione (art. 327 cod. civ.); di nominare all'interdetto il tutore, se manchi la tutela testamentaria e la legittima (articolo 330, § u.°); di poter dispensare dalla presentazione degli stati annuali d'amministrazione il tutore, quando sia il coniuge, il padre o la madre dell'interdetto (art. 331); di regolare la dote e le altre convenzioni matrimoniali dei figli dell'interdetto medesimo (art. 334); di vegliare per riconoscere se continui la causa dell'interdizione, onde opporsi all'istanza che venisse fatta per la rivocazione di essa (art. 338).

Anche fuori dei casi o degli atti della tutela, la legge assegna poi certe attribuzioni al consiglio di famiglia o di tutela; il quale però allora non sempre è costituito permanentemente — come vedremo avvenire nell'ordinamento tutelare — ma, se già non preesista per lo stato di tutela in cui si trovi il minore al quale si tratti di provvedere, è convocato appositamente ed unicamente per lo scopo speciale di quell'atto che la legge gli deferisce.

Così avviene quando si tratta di provvedere temporaneamente alla cura dei figli minori lasciati da un presunto assente (art. 47 cod. civ.); di consentire al matrimonio dei minori di ventun'anni, che non abbiano genitori, nè adottanti, nè avi, nè avole, o li abbiano, ma incapaci di manifestare la loro volontà (art. 65), o che siano figli naturali legalmente riconosciuti e manchino di genitori viventi e di adottante capaci di consentire (art. 66, § 1), o che sian *figli naturali non riconosciuti* e non abbiano genitori adot-

tivi (art. 66, § 2); di dispensare la madre superstite dalle condizioni che il padre le abbia stabilite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni, salva l'omologazione del tribunale (art. 235); di deliberare se l'amministrazione de' beni dei figli minori debba essere conservata alla madre che passi a nuovo matrimonio, e stabilir le condizioni riguardo alla stessa amministrazione ed all'educazione dei figli (art. 237); di stabilire simili condizioni e nominare un curatore ai beni, quando la madre sia passata a seconde nozze senza prima aver fatto convocare il consiglio di famiglia, o riammettere invece la madre stessa all'amministrazione dei beni (art. 238); di emancipare il minore che abbia compiuti i diciotto anni e non sia soggetto a patria potestà (art. 311); di nominare il curatore al minore che sia emancipato per effetto del matrimonio ed a cui manchino ambidue i genitori, od alla minorenne che sia rimasta vedova o separata di corpo o di beni, e non abbia viventi e capaci nè il padre nè la madre (articolo 315); di nominare il curatore speciale che assista il minore emancipato nell'esaminare ed approvare il conto della precedente amministrazione resogli dall'attuale suo curatore (art. 316); di privare del benefizio dell'emancipazione, sovra domanda del genitore emancipante, il minore che coi suoi atti siasi dimostrato incapace di amministrare (art. 321).

Prima di passar oltre dobbiamo notare ancora, che gli uffici sopra discorsi, attribuiti dalla legge al consiglio di famiglia nell'ordinamento della tutela dei minori, si estendono eziandio ai beni, nei quali essendo stato istituito erede il minore, gli sia stato nominato dal testatore un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze trasmessegli, com'è disposto dall'art. 247 del codice civile. Dimostrammo infatti che, non ostante l'espressione di questo articolo, non possono ritenersi limitate le attribuzioni del curatore ai soli atti di semplice amministrazione ordinaria; ma quelli eziandio che la eccedano, e contengano sotto

qualunque forma una disposizione di beni, possono essere compiuti da lui, come, s'egli non fosse stato nominato, li farebbe il tutore ordinario, al quale il curatore predetto si intende sostituito per tutto ciò che riguarda il governo speciale delle sostanze che il testatore ha lasciate al minorenne; salvo quindi che debbano essere adempiute quelle medesime formalità abilitanti che pel tutore ordinario sarebbero necessarie (1). È dunque chiaro che anche relativamente a questi beni il consiglio di famiglia ha le stesse attribuzioni come se, invece d'essere amministrati dal curatore speciale, li fossero dal tutore ordinario.

Ma se, come lo permette il citato art. 247, il testatore avesse nominato un curatore speciale per l'amministrazione delle sostanze in cui avesse istituito erede un *minore soggetto a patria potestà*, non sarebbe certo possibile parlare d'alcuna ingerenza che spettasse al consiglio di famiglia, poichè questo non si costituisce pei minori che sono sotto la patria potestà. E allora il curatore dovendo considerarsi, in virtù della disposizione testamentaria autorizzata dalla legge, come sostituito al genitore nell'amministrazione dei beni lasciati al minore, sarebbe quindi relativamente a tale amministrazione nelle identiche condizioni in cui trovorebbesi il genitore medesimo, avrebbe le stesse facoltà e sarebbe soggetto ad uguali formalità abilitanti quanto agli atti che eccedessero i limiti della semplice amministrazione.

44. Nella legislazione francese, e nelle italiane preesistenti che l'avevano imitata, il consiglio di famiglia non era considerato come un corpo permanente, ma doveva essere convocato di volta in volta quando occorresse il bisogno di quegli atti pei quali la legge lo chiama a deliberare. Alcuni interpreti spingevano il rigore di questo principio sino a ritenere che il consiglio " dovesse ad ogni volta essere rico- " stituito a nuovo senza riguardo alla sua composizione

(1) V. sopra, n. 33, pag. 107.

" precedente „ (1). Altri ammettevano bensì che se nell'intervallo tra una convocazione e l'altra prendessero residenza in luogo dei parenti od affini più prossimi di quelli che avessero fatto parte della precedente assemblea, dovessero essere chiamati a preferenza; ma negavano che la composizione del consiglio di famiglia dovesse considerarsi legalmente come fatta solo per ciascuna convocazione separatamente, e sostenevano invece " che il consiglio di " famiglia, una volta composto, avesse a rimanere lo stesso, " finchè il giudice non reputasse necessario od opportuno " di modificarlo „. Osservavano che " la dottrina con- " traria avrebbe distrutto *qualunque unità, qualunque spi-* " *rito di continuazione, qualunque vista di coordinamento* " nell'amministrazione della tutela „. Conchiudevano che spettasse al giudice l'apprezzare quando convenisse nello interesse del minore l'apportar cangiamenti alla composizione del consiglio di famiglia; ma finchè esso non credesse di doverla modificare, rimanesse la stessa senza bisogno di rinnovarla ad ogni convocazione (2).

Nel nostro codice è disposto all'art. 249: " Verifican- " dosi l'apertura della tutela, è costituito *un consiglio di* " *famiglia permanente per tutto il tempo della medesima,* " presso il pretore del mandamento dove si trova la sede " principale degli affari del minore „. Così fu respinta assolutamente l'idea che il consiglio dovesse costituirsi di nuovo ogni volta che accadesse di doverlo convocare. Ed ecco la ragione che ne rendeva il Ministro proponente: " Per evitare i raggiri diretti a far comporre il consiglio " di famiglia ora con alcuni, ora con altri parenti, ora con " estranei qualificati per amici, secondo che si tratta di " promuovere deliberazioni piuttosto in un senso che in un " altro, fu organizzato un consiglio di famiglia permanente " durante tutto il tempo della tutela „ (3). Ma forse questa

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 91, n. 5.
(2) V. Demolombe, t. VII, n[i] 277, 278.
(3) V. Relazione Pisanelli, pag. 24.

considerazione non era abbastanza stringente; e potevasi opporre che non fosse da temer troppo la riuscita dei raggiri sospettati, mentre la scelta delle persone, che avessero a far parte del consiglio di famiglia, si affidava alla prudente sagacia ed alla imparzialità del giudice. Epperò la Commissione del Senato, approvando pienamente la massima, la giustificava in altro modo: con quello stesso motivo che vedemmo addotto da qualche giureconsulto francese per sostenere che anche secondo quel codice non fosse necessario rinnovare ad ogni volta il consiglio, ma questo rimanesse identicamente composto finchè il giudice non stimasse opportuno di modificarlo. " Nella costituzione del " consiglio di famiglia è sembrata molto lodevole l'innovazione che ne rende permanenti ed invariabili i membri, " e stabile la sede durante tutto il corso della tutela; *la " qual cosa conferirà notevolmente al migliore andamento dell'amministrazione tutelare, apportandovi unità e seguito di " intendimenti* „ (1).

Da queste parole dell'illustre relatore si ricava dunque che l'innovazione, colla quale si rese permanente il consiglio di famiglia, ebbe due oggetti principali: cioè, la *invariabilità dei membri* componenti il consiglio medesimo, e la *stabilità della sede* ad esso assegnata; sebbene all'uno ed all'altro di tali principii sia da farsi qualche limitazione, come vedremo tra breve.

È da aggiungere però che la permanenza predetta del consiglio di famiglia ha anche un altro aspetto assai notevole. Non solo la composizione e la sede del consiglio, ma le funzioni medesime di esso sono costanti; di guisa che anche negli intervalli, in cui non accada di doverlo convocare affinchè deliberi sovra particolari affari, conserva sempre una ingerenza effettiva nell'azienda tutelare, e la esercita continuamente colla *vigilanza sull'amministrazione del tutore*. Ciò fu espresso in un'altra parte della relazione

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 79.

senatoria, dove rendendo ragione d'un'altra novità introdotta nel nostro codice, escludendo dalle attribuzioni del protutore quella di vegliare l'amministrazione del tutore, fu detto che “ *Questo ufficio appartiene al consiglio di famiglia, ed è sufficiente* „ (1).

Ritornando ora ai due effetti principali della permanenza del consiglio di famiglia, consistenti nell'invariabilità della sua composizione e nella stabilità della sua sede, ricordiamo ciò che già notammo, esservi, cioè, a ciascuno di questi principii alcune limitazioni.

Di quelle che possano applicarsi al secondo di essi ci riserbiamo di parlare nei numeri successivi, in cui tratteremo appunto distintamente della sede del consiglio di famiglia. Limitandoci ora a ciò che riguarda l'invariabilità della composizione del consiglio medesimo, è evidente che tale massima deve subire eccezione qualunque volta accada che qualcuno dei consulenti, sebbene rimasto in vita, vada soggetto ad una delle cause che secondo la legge lo rendono incapace a continuare nell'ufficio (art. 268 cod. civ.), o fanno luogo alla remozione (art. 269 cod. civ.); ovvero ottenga dal pretore d'esser dispensato (art. 254 cod. civ.).

Ma sono questi i soli casi — oltre a quello di morte di alcuno dei consulenti — in cui sia luogo a variare la composizione del consiglio? E se per errore fosse stata esclusa dalla costituzione primitiva di esso una delle persone che a norma di legge avrebbero avuto diritto di farne parte, non si potrà dunque più correggere questo errore? E se anche non si tratti di un *consulente di diritto*, che sia rimasto escluso, ma circostanze sopravvenute suggeriscano di modificare nell'interesse del tutelato la composizione del consiglio, non sarà lecito il farlo?

Abbiam tenuti distinti questi due casi, perchè ci sembra che veramente meritino una risoluzione diversa.

Coloro che sono consulenti di diritto (art. 252 cod. civ.)

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 80.

hanno direttamente dalla legge il mandato del loro uffizio, di cui sono pienamente investiti pel solo fatto dell'apertura della tutela. E accadendo che per errore, ignorandosi al tempo di quest'apertura l'esistenza d'uno dei parenti del minore indicati nel predetto art. 252, o perchè un tal parente fosse a quel tempo assente, fosse stata dal pretore nominata a far parte del consiglio di famiglia una persona diversa, sarebbe un'esagerazione troppo manifesta del principio che la composizione del consiglio è invariabile il ritenere che ciò bastasse a spogliare quel parente della qualità legale che ha, lasciando altri ad occupare il posto che gli spetta, e tenendone lontano lui — che pure aveva, fin dal momento dell'apertura della tutela, il mandato diretto dalla legge — finchè almeno non si facesse nel consiglio qualche vuoto in cui egli potesse introdursi. Par chiaro che essendo rivestito di pien diritto dell'ufficio di consulente fin dal momento in cui la tutela si è aperta, egli possa reclamarlo in qualunque tempo, e nonostante la circostanza qualsiasi, per quanto giustificata, in conseguenza della quale sia rimasto escluso. Spetterà allora al pretore lo scegliere quale, tra le persone da lui elette, debba cedere il luogo al consulente di diritto, revocando il decreto di nomina di quella persona.

Ma nell'altra ipotesi, per quanto potesse apparire conveniente per l'interesse del minore il surrogare un nuovo consulente ad uno di quelli nominati da principio, vi osterebbe assolutamente la regola che la composizione del consiglio di famiglia è invariabile. È solamente quando uno dei consulenti *ne faccia domanda*, che il pretore può per gravi motivi dispensarlo dall'ufficio (art. 254 cod. civ.); ma ciò stesso torna a conferma della massima che non possa contro sua volontà essere espulso, se non per qualcuna delle cause d'incapacità sopravvenuta o di remozione, che sono stabilite dalla legge. Certo è che ciò può produrre talora qualche inconveniente, deplorabile in un sistema che è tutto esclusivamente preordinato al maggior van-

taggio del tutelato. Si è dovuto, per esempio, costituire un consiglio di famiglia che lasciava molto a desiderare, perchè al tempo dell'apertura della tutela non si trovavano in luogo persone meglio adatte. Più tardi ritorna un parente ch'era lontano, affezionatissimo al minore, fornito delle migliori qualità desiderabili, volenteroso d'impiegarle a vantaggio del suo congiunto. E non si potrà trovargli luogo nel consiglio di famiglia, perchè questo è già invariabilmente composto, e perchè niuna delle persone, chiamate in origine a farne parte, chiede d'esserne dispensata! È un inconveniente, per certo, che si può contrapporre ai vantaggi in vista dei quali fu ammesso il principio della permanenza del consiglio di famiglia; ma è un inconveniente che non si potrebbe evitare se non distruggendo il principio stesso; il quale, come accade spesso delle istituzioni umane, ha il suo lato buono e il cattivo.

45. L'altro aspetto, in cui dobbiamo considerare la permanenza del consiglio di famiglia, è la stabilità della sede in cui è costituito.

In diritto francese la determinazione del luogo, in cui dovesse ritenersi aver sede nei diversi casi contingibili il consiglio di famiglia, era uno dei problemi più difficili di questa materia; e richiedeva la risoluzione di tre quesiti distinti, intorno ai quali le opinioni degli interpreti erano ben lungi dal trovarsi d'accordo.

1° Qual'era la sede originaria del consiglio di famiglia, il luogo in cui esso si costituiva, dove il giudice di pace doveva convocarlo per la prima volta?

Secondo alcuni doveva essere *il luogo in cui la tutela si era aperta* — quello a cui si suol dare la denominazione di *domicilio della tutela* — il luogo, cioè, *in cui si trovava domiciliato il minore al momento in cui era cominciato per lui lo stato di tutela*. E siccome, a norma del codice Francese, lo scioglimento del matrimonio costituiva già i figli minori, che n'erano nati, in istato di tutela, la quale apparteneva

ipso iure al genitore superstite (art. 390), e d'altra parte i minori non emancipati avevano il domicilio del padre (art. 108); così secondo questa opinione sarebbe stato il luogo di domicilio che il padre aveva al tempo dello scioglimento del matrimonio, che sarebbe divenuto sede del consiglio di famiglia (1).

Altri insegnavano che questa sede dovesse ritenersi *nel luogo in cui si fosse aperta la tutela dativa*, in cui, cioè, si trovasse domiciliato di diritto il minore allorchè si era dovuto convocare per la prima volta il consiglio di famiglia al fine di procedere alla nomina d'un tutore (2).

2° La sede primitiva del consiglio di famiglia era immutabile per tutto il corso della tutela? Oppure era variabile ogni qualvolta cessando per qualsiasi causa un tutore gliene subentrasse un altro, e la sede del consiglio doveva seguire il domicilio di ciascun nuovo tutore?

Era accolta generalmente la massima che, una volta costituita la sede del consiglio di famiglia, dovesse restar ferma per tutto il corso della tutela, senza riguardo ai cangiamenti che avvenissero rispetto alla persona del tutore (3). Senonchè coloro, secondo l'opinione dei quali la sede del consiglio non sarebbe stata nel luogo di domicilio del minore al tempo in cui era cominciato per lui lo stato di tutela, ma nel luogo in cui egli era domiciliato di diritto allorchè era stato sottoposto ad un *tutore dativo*, dovevano per coerenza ritenere che la massima predetta non fosse applicabile ad altra tutela che la *dativa;* ed insegnavano perciò che " fino a quando vi sia tutela legittima o testa- " mentaria è sempre il giudice di pace *del domicilio attuale* " *del minore* (e quindi del domicilio *del tutore*) che solo è

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. IX, sect. III, pag. 313, obs. I; Demolombe, t. VII, n. 237; Aubry et Rau, t. I, § 92 *bis*.

(2) V. Toullier, t. II, n. 1114; Delvincourt, t. I, pag. 110, n. 3, pag. 116, n. 4; Marcadé, art. 410, § III, t. II, n[i] 200, 201.

(3) V. Toullier, Delvincourt, Valette, Aubry et Rau, ll. cc.; Chardon, *Traité des trois puissances*, 3[me] partie, n. 290.

“ competente; di guisa che, tutte le volte che il tutore
“ cambi di domicilio, vi sarà luogo alla convocazione d'un
“ nuovo consiglio da parte del magistrato del domicilio
“ nuovo. Nella tutela dativa, al contrario, per tutta la du-
“ rata di essa e delle tutele susseguenti, è sempre presso
“ il giudice di pace del luogo nel quale il minore era domi-
“ ciliato al momento in cui gli fu nominato il primo tutore
“ dativo, che deve rimanere la sede del consiglio di famiglia
“ fino alla maggiorità, alla morte od all'emancipazione del
“ figlio „ (1).

3° Durante l'ufficio d'uno stesso tutore poteva avvenire trasferimento della sede del consiglio di famiglia, principalmente quando il tutore stesso cambiasse domicilio?

Alcuni lo negavano assolutamente, fedeli in tutto il rigore al principio che il consiglio di famiglia, una volta costituito nel luogo di domicilio del minore al tempo in cui la tutela si era aperta, dovesse avere una sede fissa e immutabile per tutto il corso della tutela stessa (2).

Altri stabilivano delle distinzioni: chi ammettendo l'invariabilità della sede del consiglio di famiglia nella sola tutela dativa, ma sostenendo all'opposto che sì nella tutela testamentaria che nella legittima la sede predetta dovesse seguire il domicilio del tutore in tutti i cambiamenti che esso potesse subire (3); chi accettando come regola generale che la sede del consiglio fosse immutabile, senza far differenza circa la specie della tutela, ma stabilendo soltanto una limitazione a quella regola pel caso che la tutela fosse esercitata *dal padre, dalla madre o da un altro ascendente*, e dicendo che allora le convocazioni del consiglio di famiglia dovessero farsi in ciascuna occasione *nel luogo di domicilio attuale del tutore* (4); chi, in fine, insegnando che

(1) V. Marcadé, l. c., *Résumé du Titre X*, § XXXVII.
(2) V. Valette sur Proudhon, l. c.; Aubry et Rau, l. c.; Demolombe, t. VII, n. 244-251.
(3) V. Marcadé, art. 401, § III, t. II, n[i] 200, 201.
(4) V. Duranton, t. III, n. 453.

la regola predetta non avesse a considerarsi come tanto rigorosa da non dover piegare davanti all'interesse manifesto del tutelato, sicchè quando fosse per derivargli danno dal mantenere la sede del consiglio di famiglia nel luogo in cui si fosse aperta la tutela potesse il tribunale decidere in contrario (1).

Recentemente è stata proposta una nuova teoria, che sconvolgerebbe tutte quelle professate finora, negando che vi sia un domicilio fisso e immutabile della tutela, e sostenendo, al contrario, che la sede del consiglio di famiglia debba sempre seguire il domicilio attuale del minore, che è poi quello del suo tutore; epperò sia quando avvenga cambiamento di tutore, sia quando lo stesso tutore trasferisca il proprio domicilio, la convocazione del consiglio debba farsi ad ogni occasione in quella sede che sia indicata dal nuovo domicilio del tutore e del minore (2).

Ci siamo limitati ad accennare le diverse opinioni degli autori francesi, senza discuterne i motivi. Questo ci parrebbe superfluo per lo scopo nostro, rivolto soltanto alla legislazione che ci regge; la quale nelle stesse sue disposizioni testuali offre mezzi molto più chiari e sicuri per risolvere tutti i dubbi che indicammo. D'altronde anche i principii fondamentali, che possono servire di elemento per quelle risoluzioni, sono assai diversi per noi.

L'art. 406 del codice Francese, sul quale principalmente verteva la discussione, riferivasi alla sola *tutela dativa*. Per la testamentaria e la legittima non rimanevano quindi che i principii generali ed un argomento di analogia. Il corrispondente art. 249 del codice nostro parla invece in genere di qualunque tutela, ed è quindi applicabile indistintamente sì per la testamentaria, che per la legittima, che per la dativa.

Lo stato di tutela del minore non emancipato si apriva,

(1) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, 3me partie, n. 291.
(2) V. Laurent, t. IV, ni 447-450.

secondo il sistema francese, dal giorno dello scioglimento del matrimonio dei suoi genitori, sicchè il superstite di essi non aveva che la tutela legale sui figli; e ciò complicava naturalmente la questione tendente a stabilire se la sede del consiglio dovesse seguire i cambiamenti che successivamente avvenissero nel domicilio del tutore. Al contrario, secondo il codice nostro, il genitore superstite conserva la patria potestà sui figli, la tutela dei quali non si apre se non quando ambedue i genitori siano morti, dichiarati assenti, o incorsi per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà.

Secondo il codice Napoleone il consiglio di famiglia non era un corpo permanente, ma si convocava distintamente per ciascuno degli oggetti che la legge deferiva alla sua competenza. Il nostro codice stabilisce espressamente l'opposto.

Tante e così gravi differenze di massima ci consigliano dunque a prescindere dall'addentrarci nella discussione delle dottrine francesi, ed a ricercare piuttosto nel solo testo più chiaro e più preciso del nostro art. 249 la risposta ai tre quesiti che abbiamo sopra formulati.

Ci limiteremo per ora a parlare soltanto del primo di essi; riserbando al numero successivo la trattazione degli altri due punti.

Ripetiamo dunque la domanda: qual'è la sede originaria del consiglio di famiglia? Il testo già sopra riferito dell'art. 249, § 1, ci porge pronta la risposta: " Il consiglio " di famiglia è costituito, allorchè si verifica l'apertura " della tutela, *presso il pretore del mandamento dove si trova* " *la sede principale degli affari del minore* ".

Confrontando poi questa disposizione con quella dell'articolo 16, dove è detto che *nel luogo in cui una persona ha la sede principale dei proprii affari ed interessi, ivi è il domicilio della persona medesima;* ne deriverà chiara la conseguenza, che la sede del consiglio di famiglia è *nel mandamento dove ha domicilio il minore al tempo dell'apertura della*

tutela. Ma il minore non emancipato ha un *domicilio di diritto*, che è quello della persona alla cui patria potestà o alla cui tutela egli si trova soggetto (art. 18, § 2, cod. civ.). E siccome si tratta appunto del momento in cui si verifica l'apertura della tutela, del momento quindi in cui il minore passa dallo stato di soggezione alla patria potestà allo stato di tutela, potrebbe nascere il dubbio se la sede del consiglio di famiglia dovesse essere nel luogo d'ultimo domicilio del genitore defunto, o nel luogo di domicilio del tutore. V'è un caso in cui neppur questo dubbio è possibile, ed è quando non vi sia tutore testamentario nè legittimo. Dovendosi, tosto che sia aperta la tutela, costituire il consiglio di famiglia, che deve procedere alla nomina del tutore dativo, ed essendo quindi indispensabile riferirsi fino da quel momento alla *sede principale degli affari del minore*, per stabilire nel mandamento in cui questo luogo è compreso la sede del consiglio predetto; è troppo evidente non potersi aver riguardo al domicilio del tutore, che è da nominare, e non potersi prender norma che dall'ultimo domicilio del genitore, la cui morte, assenza o condanna ha fatto luogo all'aprimento della tutela. Ma quand'anche vi sia un tutore testamentario o legittimo, è nondimeno applicabile la stessa regola. È vero che in tali casi il tutore è immediatamente e di pien diritto investito dell'ufficio suo fin dall'istante in cui si apre la tutela; e che perciò da quell'istante medesimo la sede principale degli affari del minore si è trovata per legge nel luogo di domicilio del tutore. Ma è chiaro ancora che l'art. 249, parlando della *sede principale degli affari del minore allorchè si verifica l'apertura della tutela*, non ha potuto riferirsi al domicilio che il minore stesso acquistasse in conseguenza dell'aprimento della tutela, ma a quello che egli aveva legalmente al momento in cui tale apertura verificavasi; e questo non era altro appunto che il domicilio del genitore per la cui morte, assenza o condanna la tutela s'apriva. L'intendere diversamente produrrebbe questa conseguenza,

che la sede del consiglio di famiglia fosse nel luogo di domicilio del genitore defunto allorchè la tutela dovesse essere dativa, e fosse invece nel luogo di domicilio del tutore quando questi fosse testamentario o legittimo; differenza che non si vedrebbe sotto quali rapporti potesse giustificarsi, stando sempre attaccati al principio fondamentale, che l'interesse del minore sia l'unica guida seguìta dal legislatore in tutto l'ordinamento tutelare.

Per ultimo risultato abbiamo dunque, che, secondo la disposizione testuale dell'art. 249, § 1, la sede del consiglio di famiglia è nel mandamento dove ebbe l'ultimo domicilio il genitore, la cui morte, assenza o condanna ha dato luogo all'aprimento della tutela.

Non tutti però gl'interpreti del codice nostro hanno intesa in questo modo la citata disposizione. Qualcuno anzi ha fatto avvertire che la sede del consiglio di famiglia possa essere in luogo diverso da quello in cui sia domiciliato il minore al tempo dell'apertura della tutela, qualora la sede principale degli affari del minore stesso sia altrove che nel luogo d'ultimo domicilio del genitore ch'era rimasto superstite (1). Ed altri, seguendo lo stesso ordine d'idee, si è preoccupato delle difficoltà che potrebbero incontrarsi qualora il minore avesse più stabilimenti, almeno in apparenza, egualmente principali, in diversi luoghi (2). Secondo questi concetti non dovremmo dunque guardare alla *sede giuridica* che il minore aveva al momento in cui si aprì la tutela, ma *al luogo in cui di fatto esistesse a quel tempo la somma principale de' suoi interessi*. Ma non sembra che ciò corrisponda esattamente al pensiero del legislatore. Il confronto di questa disposizione dell'art. 249, § 1, con quella dell'art. 16, rende facilmente manifesto che nel primo dei citati articoli, parlando della *sede principale degli affari del minore*, non si è inteso di riferirsi ad altro

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 570, nª 1.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 409, pag. 525.

che al *domicilio* del minore stesso. E se non si è usata questa più semplice espressione, è stato forse perchè essa avrebbe potuto rendere più grave il dubbio che nello stabilire la sede del consiglio di famiglia, nei casi di tutela testamentaria o legittima, dovesse aversi riguardo al domicilio del tutore, piuttosto che a quello del genitore defunto; mentre parlando della *sede principale degli affari del minore al tempo in cui si verifica l'apertura della tutela*, è più manifesto che trattasi del domicilio che il minore ha già allora piuttosto che di quello ch'egli acquista di diritto dopo l'apertura della tutela prendendo il domicilio medesimo del suo tutore. Ciò d'altronde si giustifica anche razionalmente. Nell'interesse del minore è conveniente che il consiglio di famiglia prenda sede a preferenza in quel luogo dove più facilmente possano trovarsi i parenti prossimi o gli affini che assumano l'ufficio di consulenti. Ora è certo che ciò sarà molto più probabile nel luogo in cui era l'ultimo domicilio del genitore nel quale si è estinta la patria potestà, che in altro luogo nel quale il minore possa per caso avere una maggiore quantità di interessi. La massima, che a noi parve più conforme alle parole ed allo spirito della legge, ha inoltre il vantaggio di scemare notevolmente le difficoltà da superarsi per determinare la sede del consiglio di famiglia; difficoltà che potrebbero divenire frequenti e gravi quando tra più centri, in cui si trovassero divisi gli affari e gli interessi del minore, fosse necessario determinare quale fosse veramente il principale; mentre invece riferendosi semplicemente al domicilio del genitore del minorenne al tempo dell'apertura della tutela, sarà ben raro che intorno a ciò sorgano contestazioni, e se mai, la difficoltà di risolverle non potrà essere maggiore di quanto sia d'ordinario nell'accertamento del domicilio d'una persona.

Il consiglio di famiglia, che fosse costituito in una sede diversa da quella che la legge gli assegna, funzionerebbe illegalmente; poichè, fra l'altro, sarebbe formato, convo-

cato e presieduto da un pretore che sarebbe incompetente. Ne seguirebbe la nullità degli atti che da questo consiglio fossero stati compiuti; e ne segue ancora che l'esistenza illegale di esso non possa essere di ostacolo a stabilirsene un altro nella sede regolare, anche senza che la costituzione di quello sia prima fatta annullare. La quale annullazione, del resto, potrebbe sempre ottenersi da chi vi avesse interesse, portandone istanza davanti il tribunale nella cui giurisdizione risiedesse il consiglio illegalmente costituito.

Riconosciuto così quale debba essere la sede originaria del consiglio di famiglia, dobbiamo richiamarci alla mente la regola già dimostrata: che la *permanenza* di quel consiglio, stabilita nel nostro codice, si riferisce non meno alla sede medesima del consiglio, che alla composizione di esso. La quale regola risulta senza dubbio dalla generalità della espressione, con cui la prima parte dell'articolo 249 dispone essere “ *costituito un consiglio di famiglia* “ *permanente* per tutto il tempo della tutela „; dalle dichiarazioni contenute nella relazione senatoria, dove era detto che con questa innovazione s'era inteso di “ rendere *per-* “ *manenti ed invariabili i membri e stabile la sede del consiglio* “ durante tutto il corso della tutela „; infine, e più ancora, dalla disposizione del secondo paragrafo del medesimo articolo 249, dove determinandosi i casi di eccezione, nei quali per decreto del tribunale può essere trasferita altrove la sede del consiglio di famiglia, si viene a confermare la regola che fuori di tali casi la sede originaria di esso debba rimanere fissa ed immutabile.

46. Il secondo paragrafo dell'art. 249, sopra citato, reca la disposizione seguente:

“ Tuttavia, se il tutore fosse domiciliato o trasferisse “ il domicilio in altro mandamento, potrà per decreto del “ tribunale civile esservi trasferita la sede del consiglio „.

La regola generale che la sede del consiglio di famiglia

debba essere fissa e immutabile presso il pretore del mandamento in cui il minore aveva domicilio legale al tempo dell'apertura della tutela, non avrebbe potuto essere così rigida da escludere assolutamente la possibilità di qualunque eccezione, senzachè talvolta ciò volgesse a danno di quel medesimo interesse del minore che con tale regola s'intese di favorire. Principalmente quando il tutore fosse domiciliato in altro luogo, il mantenere la sede ordinaria del consiglio di famiglia potrebbe divenir causa di dispendio non lieve, di difficoltà e lentezza nel corso degli affari della tutela. Tale è il motivo della disposizione che abbiamo riferita. E poichè essa costituisce eccezione alla regola con cui si volle rendere stabile la sede del consiglio, è dunque fuori di dubbio che la possibilità di trasferimento, ammessa dal testo pel solo caso che il tutore abbia od acquisti un domicilio diverso, non potrebbesi estendere a casi differenti; e, per esempio, qualora il tutore avesse e conservasse il proprio domicilio nel luogo stesso in cui all'apertura della tutela era domiciliato il minore, non potrebbesi trasferire la sede del consiglio in altro luogo, perchè quivi fosse il centro maggiore degli affari del minore, o perchè vi risiedessero coloro che fossero consulenti di diritto, o i parenti del minore più prossimi e più idonei ad essere nominati a tale ufficio.

La disposizione che abbiamo citata contempla distintamente due ipotesi: che il tutore, fino dal momento in cui assume l'ufficio, abbia il proprio domicilio in altro mandamento, o che ve lo trasferisca durante il corso della tutela. La prima delle quali ipotesi ne comprende altre due: che all'apertura stessa della tutela la persona che n'è investita sia domiciliata in altro mandamento, o che avvenendo nel corso della tutela un cambiamento di tutore, sia l'ultimo quello che abbia un domicilio diverso. Esaminiamo separatamente ciascuno di questi casi.

Quando colui che assume l'ufficio della tutela, sino dal tempo in cui essa è aperta, abbia domicilio in un manda-

mento diverso da quello in cui si trova la sede principale degli affari del minore, il testo ammette che possa essere ordinato il trasferimento della sede del consiglio. Lo ammette con una disposizione generale, che non distingue se si tratti di tutela testamentaria, o legittima, o dativa: ond'è chiaro non potersi senza arbitrio introdurre una tale distinzione. Veramente il caso sarà più raro rispetto alla tutela dativa: essendo prudente che il consiglio di famiglia nello eleggere il tutore lo cerchi a preferenza nel mandamento in cui si trovi la sede principale degli affari del minore. Ciò però non toglie che in circostanze le quali lo rendessero opportuno, e non essendovi d'altronde alcuna proibizione della legge, si possa nominare a tutore anche una persona domiciliata in altro mandamento; ed allora pure sarebbe applicabile la stessa disposizione dell'articolo 249, § 2.

Supponiamo ora che il primo tutore, domiciliato nel medesimo mandamento in cui trovavasi la sede principale degli affari del minore, sia morto o per qualsiasi causa abbia cessato dall'ufficio durante il corso della tutela, e il nuovo tutore che gli subentri abbia invece domicilio in un mandamento diverso. Evidentemente anche a questo caso si estendono del pari la lettera e lo spirito della legge. Il testo dice: — *se il tutore fosse domiciliato in altro mandamento* — e ciò può verificarsi tanto del tutore che primo assuma l'ufficio all'aprirsi della tutela, quanto di quello che subentri ad un altro defunto o cessato. Il motivo sta nell'interesse del minore, che potrebb'essere pregiudicato considerevolmente nell'azienda della tutela dal trovarsi la sede del consiglio di famiglia in un mandamento diverso da quello in cui fosse domiciliato il tutore; e questo danno potrebbe riscontrarsi tanto nell'uno quanto nell'altro dei suindicati casi. È superfluo il dire che la massima predetta, risultante dalle parole e dai motivi della legge, è applicabile non solo ad un primo cambiamento di tutore, ma eziandio agli altri che potessero successivamente avve-

nire; di guisa che per ogni nuovo tutore che subentrasse si potrebbe chiedere ed ottenere il trasferimento della sede del consiglio, qualora il nuovo tutore stesso fosse domiciliato in un mandamento diverso.

Da ultimo, quando il tutore — o sia poi quello che fin dall'origine abbia assunta la tutela, o sia subentrato ad un altro tutore morto o per qualunque causa cessato — durante l'esercizio dell'ufficio suo abbia trasferito il proprio domicilio in altro mandamento, diverso da quello in cui s'è aperta la tutela, la legge ammette espressamente che possa pure trasferirsi nel predetto mandamento la sede del consiglio di famiglia. Il tener ferma imprescindibilmente la stabilità di questa sede, nonostantechè il tutore avesse trasportato altrove il domicilio, o lo stabilire all'opposto che per tale circostanza avesse luogo di pien diritto il mutamento della sede del consiglio, avrebbe potuto essere parimente nocivo all'interesse del minore. Non si può certo pretendere d'impedire a chi abbia il carico di una tutela l'esercizio libero della facoltà sua di cambiare domicilio quando gli piaccia. E se avendolo fatto, il tutore dovesse tuttavia sottoporre gli affari della tutela ad un consiglio costituito in sede lontana, è manifesto quanti danni potrebbero derivarne alla gestione tutelare, per spese, per incagli, per ritardi. Ma d'altro lato, se il cangiamento di domicilio del tutore desse luogo di pien diritto al trasferimento della sede del consiglio, sarebbe rilasciato all'arbitrio del tutore di potere, con un cambiamento di domicilio fatto ad arte, spostare la direzione suprema degli affari della tutela e rendere meno efficace la vigilanza a cui la legge lo sottopone; facendo costituire il consiglio presso il pretore d'un mandamento in cui non è la sede principale degli interessi del minore, in cui quindi questi interessi più difficilmente possono essere conosciuti in tutti i loro particolari, e rendendo fors'anche inevitabile il cambiamento d'altri consulenti, e la sostituzione di persone estranee ai parenti più prossimi, più affezionati al minore, più informati degli

affari di lui, più in grado di sorvegliarli per ragione della loro residenza, che componevano il consiglio nella prima sede. Il partito più prudente, più opportuno nell'interesse del minore, era pertanto quello che fu adottato dalla nostra legge: di lasciare in facoltà del tribunale civile l'ordinare o no il trasferimento della sede del consiglio di famiglia. Del resto, non in questo caso soltanto, ma ancora negli altri tutti che si trovano compresi nella disposizione del predetto art. 249, § 2 — o sia poi all'aprirsi della tutela che chi l'assume abbia domicilio in altro mandamento che quello nel quale si trova la sede principale degli affari del minore, o sia che subentri al primo un nuovo tutore avente un domicilio diverso — il decretare il trasferimento della sede del consiglio è sempre una facoltà attribuita al tribunale; il quale ne userà incensurabilmente a suo prudente criterio, tenuto conto delle circostanze particolari di ciascuna fattispecie.

Il decreto del tribunale dev'essere provocato da una istanza; la quale spetta naturalmente, più che ad ogni altro, al tutore stesso, che avendo o trasferendo il domicilio in altro mandamento, ha principale interesse di far quivi trasportare la sede del consiglio di famiglia. Siccome però non è certamente per commodo del tutore, ma per l'interesse del tutelato che quella traslazione è ammissibile, non par quindi che il promuoverla possa ritenersi di spettanza esclusiva del tutore; ma che anche gli altri componenti il consiglio debbano avere uguale facoltà. Resterebbe a vedersi se tale facoltà potesse esercitarsi da loro individualmente o solo collegialmente; e parrebbe doversi propendere per quest'ultima opinione, poichè il mandato di vegliare agli interessi della tutela e promuoverli è affidato dalla legge al consiglio di famiglia come corpo deliberante, non singolarmente agl'individui che lo compongono.

Quando sia stata accolta l'istanza, fatta a norma dell'articolo 249, § 2, l'effetto del decreto emesso dal tribu-

nale consiste nel far luogo alla costituzione del consiglio di famiglia presso il pretore del mandamento in cui è domiciliato il tutore; e in questo mandamento si trasferisce la nuova sede del consiglio con quel carattere di stabilità che ne è proprio, secondo il sistema adottato dalla nostra legge. Tale ci sembra la interpretazione naturale e razionale del nostro art. 249, § 2; tantochè non avremmo saputo concepire intorno a ciò neppure un dubbio, se non avessimo veduta una teoria diversa insegnata da uno scrittore autorevolissimo.

" Veggasi — egli scrive — che s'intenda con quella " espressione " *la sede sarà trasferita* „. Nell'aspetto di " ente ideale il consiglio di famiglia rimane sempre a " *Ravenna* (sede in cui il consiglio si suppone costituito in " origine); ma le persone che lo compongono avranno " l'incomodo di trasportarsi a *Firenze* (luogo in cui si sup- " pone trasferita la sede del consiglio); sono le persone che " si trasferiscono, propriamente parlando, e non la *sede;* " nè si forma un *consiglio nuovo*. In adempimento del de- " creto del tribunale civile di Ravenna, e previa la comu- " nicazione del decreto, che sarà fatta dal presidente del " tribunale di Firenze ad un pretore di questa città, il pre- " tore convocherà il consiglio presso di sè. Dopo un esito " qualunque del consiglio, la giurisdizione del pretore di " Firenze è cessata. Sotto la presidenza di un nuovo e " diverso magistrato funziona occasionalmente la stessa " assemblea, che indi ritorna al luogo primiero „ (1).

Ecco dunque quali sarebbero, se non erriamo, le idee fondamentali di questa dottrina. La sede vera del consiglio di famiglia rimarrebbe sempre immutabilmente nel mandamento dove al tempo dell'apertura della tutela era la sede principale degli affari del minore; sarebbe solo cambiato il luogo in cui dovesse convocarsi occasionalmente il consiglio stesso. Il pretore di questo luogo presiederebbe

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 249, vol. I, § 575, pag. 907.

in ciascuna convocazione il consiglio, unicamente come delegato; ma l'autorità non cesserebbe nel pretore del mandamento in cui era costituito da principio il consiglio stesso, e in quel mandamento si continuerebbe ad esercitare, negl'intervalli tra le convocazioni, quel potere di vigilanza sull'amministrazione del tutore, che la legge ha conferito al consiglio di famiglia.

Ma tutto ciò sembra ben diverso da quanto ha detto e voluto il legislatore. Che cosa egli abbia inteso per *sede del consiglio di famiglia*, lo ha dimostrato chiaramente nella disposizione del primo paragrafo dell'art. 249. La sede *è nel mandamento presso il cui pretore il consiglio è costituito permanentemente*, il qual pretore convoca e presiede il consiglio stesso (art. 251 cod. civ.). Quando dunque nel secondo paragrafo del medesimo art. 249 è dichiarato poter essere *trasferita la sede* del consiglio nel mandamento in cui sia domiciliato il tutore, non si può intendere che sia soltanto *cambiato il luogo per le sedute del consiglio*, ma che questo non è più costituito presso il pretore del mandamento in cui era la sede principale degli affari del minore al tempo dell'apertura della tutela, ma presso quello del mandamento dove ha domicilio il tutore, e che a quest'ultimo magistrato soltanto appartiene ormai la presidenza del consiglio. Le attribuzioni del pretore presso cui era prima costituito il consiglio, sono dunque cessate completamente dopo che la sede del consiglio medesimo è stata trasferita altrove. E invero non parrebbe molto plausibile questa pretesa organizzazione, per la quale il pretore del luogo in cui fosse domiciliato il tutore avrebbe soltanto una delegazione per presiedere alle adunanze del consiglio di famiglia, il quale continuerebbe ad essere soggetto alla autorità dell'altro pretore nella cui giurisdizione erasi aperta la tutela. Ciò sarebbe tutt'altro che conforme al proposito del legislatore di assicurare nell'amministrazione tutelare *unità e seguito d'intendimenti*, come diceva il relatore del Senato, tutt'altro che propizio al migliore andamento della

gestione e quindi all'interesse del minore. Ad ogni modo poi par manifesto che una simile organizzazione non sia stata punto nelle viste del legislatore.

Ma, si obbietta, nonostantechè sia stato ordinato ciò che la legge chiama impropriamente *trasferimento della sede* del consiglio, *non si forma però un consiglio nuovo!* Senza dubbio; ma questa è tutt'altra cosa. La permanenza del consiglio di famiglia, per tutto il tempo della tutela, ha, come vedemmo, due oggetti ben distinti: l'*invariabilità dei membri* che lo compongono, e la *stabilità della sede.* Quando il tutore sia o divenga domiciliato in un mandamento diverso da quello in cui si è aperta la tutela, si fa luogo, secondo il disposto dell'art. 249, § 2, a poter derogare all'ultimo degli accennati effetti della permanenza del consiglio, ma non al primo. Una volta che il consiglio sia costituito regolarmente, le persone chiamate a comporlo non cessano più per tutto il corso della tutela dal loro ufficio, se non per morte, o pel sopraggiungere d'una causa d'incapacità (art. 268 cod. civ.), o per una causa di rimozione (art. 269 cod. civ.), o per dispensa da essi domandata e che ottengano per gravi motivi dal pretore (art. 254 cod. civ.) (1). Il cambiamento della sede del consiglio non può dunque influire per nulla sulla invariabilità della composizione di esso; ma per questa medesima ragione, dal *non farsi luogo alla formazione di un consiglio nuovo*, non è dunque possibile dedurre che non vi sia un vero *trasferimento di sede* del consiglio. Certamente potrà verificarsi che in seguito al cambiamento avvenuto, i consulenti siano indotti a chiedere d'essere dispensati dall'ufficio; e il grave incomodo che dovessero subire per recarsi alle convocazioni nella nuova sede, potrebb'essere un motivo bastante per indurre il pretore a concedere, secondo l'art. 254, la chiesta dispensa. Ma se i consulenti si rassegnano a sopportare i disagi che

(1) V. sopra, n. 44, pag. 156.

possono loro derivare dal mutamento di sede del consiglio, non vi è ragione per espellerli; nè tuttavia la loro permanenza in ufficio può parere contraddicente ad un vero trasferimento della sede del consiglio. Questo trasferimento è avvenuto per ciò solo che il consiglio non è più costituito presso il pretore del mandamento in cui si era aperta la tutela, ma presso quello dell'altro mandamento dov'è domiciliato il tutore; che a quest'ultimo pretore spetta ormai esclusivamente di convocare e presiedere il consiglio prendendo parte alle deliberazioni, e preponderandovi anzi, se ne sia caso, col proprio voto; che il pretore, presso cui era costituito in origine il consiglio, ha cessato completamente da qualunque autorità su quella tutela.

Aggiungemmo che la sede del consiglio di famiglia si trasferisce presso il pretore del mandamento in cui è domiciliato il tutore, con quello stesso carattere di stabilità che le è proprio secondo gli ordinamenti della nostra legge. È chiaro infatti che se quella sede ha subìto un vero trasferimento, essa dev'essere, nel luogo in cui è nuovamente costituita, quale era in quello da cui fu tolta. La immutabilità, che ne è caratteristica, la rende fissa nel nuovo mandamento, come la era in quello in cui trovavasi precedentemente. Ma, ben s'intende, questa immutabilità non può essere più assoluta di quanto fosse prima; epperò la stessa eccezione, che è ammessa dal secondo paragrafo dell'art. 249, sarebbe parimente applicabile dopo il primo trasferimento avvenuto. Perciò notammo già che se accadessero più cambiamenti successivi di tutori, e l'ultimo di questi avesse un domicilio diverso dal precedente, potrebbe farsi luogo ad altrettanti trasferimenti della sede del consiglio. Chè, anzi, quand'anche lo stesso tutore, pel quale era stato ordinato il trasferimento, riportasse il domicilio nel luogo in cui lo aveva prima, o in quello in cui si era aperta la tutela, dipenderebbe ancora dal prudente criterio del tribunale di concedere o negare il

ristabilimento, che venisse chiesto, della sede primitiva del consiglio.

È però sempre necessario, come lo richiede espressamente il citato art. 249, § 2, che intervenga *il decreto del tribunale civile;* ond'è che il fatto d'essere il tutore ritornato a quel domicilio che aveva lasciato, non basterebbe per ripristinare *ipso iure* la sede del consiglio di famiglia nel mandamento da cui, per quel primo cambiamento di domicilio del tutore, era stata tolta. Nè varrebbe in contrario l'assioma: *cessante causa, cessat effectus;* perocchè il cangiamento di domicilio del tutore non è che *il motivo che può far luogo al trasferimento della sede del consiglio,* ma la *causa giuridica* di tale trasferimento non può consistere che nel decreto del tribunale, a cui spetta la facoltà di concederlo o negarlo. Ond'è anzi una retta applicazione di quell' assioma il ritenere necessario un nuovo decreto del tribunale, che tolga effetto al precedente, con cui era stata assegnata al consiglio di famiglia una nuova sede, per regola generale, immutabile. E tanto teniamo per fermo questo principio, che lo reputeremmo applicabile quando pure non fosse il medesimo tutore, che dopo aver cangiato domicilio lo riprendesse nel luogo di prima; ma cessato per morte o per altra causa quel tutore, in considerazione del cui domicilio era stato ordinato il trasferimento della sede del consiglio, gli subentrasse un nuovo tutore domiciliato nel luogo in cui era la sede principale degli affari del minore all'aprirsi della tutela. Nondimeno non crederemmo che la sede del consiglio si ripristinasse perciò *ipso iure* nel suo mandamento naturale, ma che fosse sempre indispensabile il decreto del tribunale civile per ritogliere al consiglio di famiglia quella sede che, quantunque per eccezione, aveva oramai acquistata stabilmente.

47. Sussidiaria all'istituzione del consiglio di famiglia è quella del consiglio di tutela.

“ Nell’interesse delle persone nate fuori di matrimonio “ si costituisce un consiglio di tutela, eccettuato il caso “ di tutela legale esercitata dal genitore a norma dell’ar- “ ticolo 184 „ (art. 261, § 1, cod. civile).

Per le persone nate fuori di matrimonio non sarebbe possibile la formazione d’un *consiglio di famiglia*, poichè questi disgraziati non hanno rapporti civili colla famiglia legittima dei loro genitori; e quand’anche la filiazione sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata, gli effetti civili di tale riconoscimento o dichiarazione si limitano tra i genitori ed i figli, nè si estendono sotto alcun rapporto a questi verso i parenti, quali che siano, di quelli. Ma pure il consiglio di famiglia, secondo la legislazione nostra, fa parte sostanziale, come vedemmo, dell’ordinamento tutelare. Bisognava dunque supplire in altro modo; lo si fece mediante l’istituzione del *consiglio di tutela;* ed ecco perchè dicemmo ch’essa è sussidiaria a quella del consiglio di famiglia.

Il codice francese non aveva disposizione espressa in proposito; e nondimeno la dottrina, vista appunto la necessità che l’illegittimità della nascita non fosse d’ostacolo irreparabile all’attuazione d’una parte così sostanziale dell’organismo della tutela, riteneva applicabile per analogia la disposizione dell’art. 409 di quel codice, la quale anche pei minori nati da legittimo matrimonio stabiliva doversi chiamare a comporre il consiglio di famiglia, in mancanza di parenti od affini, “ dei cittadini del me- “ desimo Comune, cogniti per aver avuto abitualmente “ relazioni di amicizia col padre o colla madre del minore „. Ammettevasi similmente che pei minori nati fuori di matrimonio “ il consiglio di famiglia dovesse comporsi di “ persone conosciute per avere avuto relazioni abituali “ d’amicizia, sia col padre o colla madre del minore, sia “ con quest’ultimo direttamente „ (1). Il codice Albertino

(1) V. Toullier, t. II, n. 1113; Aubry et Rau, t. I, § 93, n. 15.

consacrò questa dottrina nel testo dell'art. 276, provvedendo alla costituzione d'un consiglio per l'interesse dei minori nati fuori di matrimonio, in modo diverso secondochè fossero figli naturali, la cui filiazione fosse legalmente riconosciuta o dichiarata, o fossero figli di genitori ignoti, o figli adulterini o incestuosi. Solamente cambiò per questo caso la denominazione in quella più propria di *consiglio di tutela*. E tale disposizione fu riprodotta nella sua sostanza nell'art. 261 del codice attuale.

Abbiamo veduto però dal testo di questo articolo, che esso eccettua espressamente il caso che una persona nata fuori di matrimonio sia soggetta alla *tutela legale del genitore che l'abbia riconosciuta*. Ed anche di ciò è molto ovvia la ragione. Sappiamo che questa tutela legale, quantunque sia vera tutela anch'essa, differisce però grandemente dall'ordinaria, inquantochè i poteri attribuiti a chi la esercita sono pareggiati a quelli della patria potestà, eccetto ciò che riguarda l'usufrutto de' beni dei figli, che non è conceduto al genitore naturale. Era dunque coerente, che come si è considerata inconciliabile colla patria potestà l'istituzione del consiglio di famiglia, parimente incompatibile si reputasse quella del consiglio di tutela colla tutela legale esercitata dal genitore naturale.

Possiamo dire pertanto che il consiglio di tutela si costituisce nell'interesse delle persone nate fuori di matrimonio, le quali siano soggette alla tutela ordinaria.

Ma purchè questa condizione si verifichi, poco importa, del resto, che quelle persone procedano da filiazione naturale legalmente dichiarata o giudizialmente riconosciuta, piuttostochè esser figli di genitori ignoti, o figli dei quali sia vietato il riconoscimento a norma degli art. 180 e 193 del codice civile. Se il genitore, di cui sono riconosciuti figli, sia morto, o per qualunque causa sia privato della tutela legale stabilita dall'art. 184, se in una parola questi figli naturali riconosciuti siano sottoposti alla tutela ordinaria, ciò basta perchè a tale tutela debba essere compagna

quella istituzione, che fa parte sostanziale del suo organismo, l'istituzione, cioè, del consiglio di tutela.

Tra questo consiglio e quello di famiglia v'è differenza quanto alle persone di cui l'uno e l'altro dev'essere composto; e di ciò avremo a parlare in uno dei paragrafi successivi, commentando la seconda parte di questo articolo 261. Ma fatta questa eccezione, come dichiara espressamente il terzo paragrafo del medesimo articolo: “ Sono “ nel resto comuni al consiglio di tutela, in quanto siano “ applicabili, le disposizioni riguardanti i consigli di fa- “ miglia „. *In quanto siano applicabili*, è detto, perchè certamente non potrebbero esserlo quelle che suppongono l'esistenza d'un rapporto civile di parentela tra il minore e le persone componenti il consiglio.

48. Per esaurire la trattazione di questo importante argomento, diremo in separati paragrafi:

1° delle persone che sono o possono essere chiamate a far parte del consiglio di famiglia o di tutela;

2° a chi spetti convocare il consiglio di famiglia o di tutela, e quali siano le norme da seguirsi nelle deliberazioni;

3° quali siano i caratteri e gli effetti delle deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, e in quali casi e con quali mezzi esse possano essere impugnate;

4° quale responsabilità possa incombere individualmente alle persone componenti il consiglio per gli effetti dannosi al minore, che siano derivati dalle deliberazioni da esso prese.

Parleremo poi in appendice della tutela dei minori ricoverati nei pubblici ospizi.

§ I. — *Della composizione del consiglio di famiglia, e di quella del consiglio di tutela.*

Sommario. — 49. Principii generali adottati dal nostro codice intorno alla formazione del consiglio di famiglia. — 50. Uffici del pretore relativamente al consiglio di famiglia. — 51. Quali persone facciano parte necessaria del consiglio di famiglia. — 52. Criteri generali seguìti dal legislatore nel determinare tassativamente quali siano i consulenti di diritto. — 53. Enumerazione fatta dalla legge dei consulenti di diritto. — 54. Norme colle quali è regolato l'ordine di preferenza tra i consulenti di diritto. — 55. Norme dettate dalla legge per la scelta dei consulenti elettivi. Facoltà spettanti in questa scelta al pretore. Se esse costituiscano un potere assolutamente discrezionale di questo magistrato. — 56. Dispensa, che può essere accordata, dall'ufficio di consulente. — 57. Norme direttive generali intorno alla formazione del consiglio di tutela. — 58. Consiglio di tutela pei figli naturali legalmente riconosciuti. — 59. Consiglio di tutela pei figli di genitori ignoti. — 60. Da qual momento si reputi legalmente costituito il consiglio di famiglia o di tutela. — 61. L'ufficio di consulente è gratuito. Rimborso di spese a cui può tuttavia lasciar luogo.

49. Le norme direttive, seguite dal codice nostro in ordine alla composizione del consiglio di famiglia, sono in parte diverse da quelle stabilite dalle legislazioni che lo precedettero.

Al pretore del mandamento, dove al tempo dell'apertura della tutela si trova la sede principale degli affari del minore, è affidata la presidenza del consiglio. In questo sono introdotte, come membri necessari, alcune persone, per ragione d'altri uffici da esse esercitati nella tutela: e sono il *tutore* e il *protutore*. E quando il consiglio di famiglia non sia costituito per un minore in istato di tutela, ma per un minore emancipato, la qualità di membro necessario del consiglio spetta al curatore.

A questi si aggiungono altri quattro consulenti; alle quali funzioni vi hanno persone chiamate direttamente dalla legge, che perciò si distinguono colla denominazione di *consulenti di diritto*. In loro mancanza, spetta al pretore di nominare le persone che reputi adatte; ed esse sono *consulenti elettivi o dativi*.

È notevole che l'art. 251 del nostro codice dichiara nel primo paragrafo che:

" Il consiglio di famiglia si compone *del pretore*, il " quale lo convoca e lo presiede, *e di quattro consulenti* „. La prima idea, che s'insinuerebbe alla lettura di questa disposizione, sarebbe dunque che il numero normale dei componenti il consiglio fosse di *cinque*. Ma nel secondo paragrafo del medesimo articolo si aggiunge che: " Fa-" ranno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, " il protutore, e pel minore emancipato il curatore „. Onde apparisce chiaro che il numero pieno dei componenti il consiglio è invece di *sette*, o di *sei*, quando si tratti di un minore emancipato. Che nel primo paragrafo siasi considerato come composto normalmente il consiglio dal pretore e da quattro consulenti, è facilmente spiegabile; perciocchè il consiglio deve costituirsi tosto dopo aperta la tutela, quando può non esservi ancora un tutore nè un protutore. Ma è altrettanto indubitabile che allorchè vi sia un tutore o un protutore testamentario, o un tutore legittimo, o quando siano nominati dal consiglio di famiglia il tutore e il protutore dativi, l'uno e l'altro fanno parte integrante del consiglio medesimo, com'è detto espressamente nel secondo paragrafo dell'art. 251; nè essi hanno soltanto il diritto d'intervenire alle adunanze del consiglio, ma devono prendere parte effettiva col loro voto alle deliberazioni di esso, non meno degli altri consulenti. Il che già risulta dal testo stesso dell'art. 251, § 2, nel quale è detto che il tutore e il protutore, o pel minore emancipato il curatore, *fanno parte del consiglio di famiglia*; ed è poi confermato dall'art. 259, dove, contemplandosi casi nei quali il tutore e il protutore non hanno voto nelle deliberazioni del consiglio, si viene con queste stesse eccezioni a riconoscere la regola in senso contrario.

Il numero dei componenti il consiglio, pei casi di tutela, che sono i più frequenti, è stabilito dispari, al fine d'evitare, per quanto sia possibile, l'inconveniente della parità

di voti sovra partiti contrari nelle deliberazioni; inconveniente, del resto, che potendosi ciò non ostante verificare anche nella tutela, qualora non tutti i consulenti intervengano ad una seduta, e verificandosi nel consiglio di famiglia o di tutela costituito per l'emancipato quando pure tutti i componenti di esso siano presenti, poichè sono in numero pari, ha richiamato l'attenzione del legislatore, il quale vi ha provveduto colla disposizione dell'art. 258, di cui parleremo appresso.

Il numero dei consulenti è stabilito dalla nostra legge, come sopra abbiamo veduto, in modo invariabile. Non si è adottata la disposizione dell'art. 408 del codice Francese, che era stata imitata dal codice Napoletano (art. 329) e dall'Albertino (art. 263), e per la quale si ammettevano senza limitazione di numero a far parte del consiglio i *fratelli germani* del minore, e i *mariti delle sorelle germane*, chiamandovi inoltre le *ascendenti vedove* e gli *ascendenti scusati dalla tutela*. La limitazione normale, e senza eccezione, del numero dei consulenti, è sembrata più conforme a quella regolarità ed uniformità, che nell'esercizio degli uffici tutorii è più desiderabile per l'interesse dello incapace.

Stabilito, come dicemmo, che alcune persone fossero chiamate per disposizione diretta della legge all'ufficio di consulenti, era naturale che si dovessero prescegliere quelle le quali per vincolo strettissimo di parentela col minore offrissero una maggiore guarentìa morale di affetto e di interessamento in favore di lui.

Ma gli autori del nostro codice non vollero seguire l'esempio del codice francese, il quale chiamava all'ufficio di consulenti i parenti o gli affini del minore in numero uguale dal lato paterno e dal lato materno, in ordine di prossimità in ciascuna linea, e preferendo, *a grado uguale*, il parente all'affine, e il parente più vecchio al più giovane. Gli affini eran pure chiamati, perchè anch'essi possono approfittare della successione del minore a cagione

delle loro mogli o dei figli. Nel fondo di questo sistema vi era dunque il concetto di stabilire una tal quale corrispondenza tra il carico dell'ufficio di consulente e i benefizi eventuali della successione del minore, e di chiamare a tale ufficio coloro i quali, non solo per presunto affetto verso il minore stesso, ma eventualmente eziandio per proprio interesse personale erano impegnati nel migliore andamento dell'amministrazione tutelare.

In questo aspetto soltanto potevasi giustificare la necessità, indotta dalla legge, che tanto la famiglia paterna quanto la materna fossero rappresentate nel consiglio di famiglia, chiamando a farne parte in numero uguale parenti od affini dell'una e dell'altra linea, senza aver riguardo all'ordine di prossimità, se non in ciascuna linea, e preferendo il parente all'affine solo nella stessa linea e in caso di parità di grado.

Il codice nostro è partito da tutt'altre idee; e nel determinare le persone da designarsi a consulenti di diritto ha preso per unica guida l'interesse del minore, limitandosi a quelle delle quali era da presumere maggiore e più sicuro l'interessamento morale verso di lui. Non si sono quindi chiamati all'ufficio di consulenti di diritto gli affini, restringendosi ad indicarli al pretore come preferibili a persone estranee, quali *consulenti elettivi* (art. 253 codice civile); non si chiamarono neppure tutti i parenti in ordine di prossimità, ma solamente quelli che per più stretto vincolo di sangue meritavano maggiormente la fiducia della legge (art. 252 codice civile).

In un altro punto ancora si scosta il codice Italiano dal Francese (art. 407, 409), dal Napoletano (art. 328, 330) e dall'Albertino (art. 262, 264); inquantochè questi fissavano un limite di distanza dal Comune in cui la tutela si era aperta, entro il qual limite se non si trovassero i parenti o gli affini, ai quali per diritto sarebbe spettato l'ufficio di consulenti, era affidato al giudice il nominare a tale ufficio parenti od affini di grado più remoto, oppure

altre persone che avessero avute relazioni abituali di amicizia col padre o colla madre del minore. Al contrario il codice nostro considera la sola qualità delle persone, e per essa le chiama all'ufficio di consulenti, senza riguardo al luogo di loro residenza. La distanza di questa, qualunque sia, non basta a privare quelle persone dell'ufficio ad esse attribuito dalla legge, ma può soltanto costituire per le persone stesse un motivo a chiedere, se così loro piaccia, d'esserne dispensate, e può autorizzare il pretore a concederlo (art. 254 codice civile).

Un illustre commentatore, annoverando le differenze tra il codice attuale e le legislazioni anteriori rispetto all'ordinamento del consiglio di famiglia, vi ha compreso anche " l'esclusione assoluta della donna, non essendo ammesse " come innanzi le vedove ascendenti " (1).

Ciò però non è esatto, fuorchè nel senso che le ascendenti non sono comprese, secondo la disposizione tassativa dell'art. 252, tra i consulenti di diritto. Ma non è vero che *le donne siano assolutamente escluse;* poichè possono essere *consulenti elettive*, se, in mancanza d'altri consulenti di diritto, il pretore giudichi opportuno di nominarle, stantechè per eccezione alla regola comune, che colpisce di incapacità agli uffici tutelari le donne, è espressamente ammesso che *possano far parte dei consigli di famiglia le ascendenti e le sorelle germane non maritate* (art. 268, n. 1, codice civile). Di ciò dovrem riparlare in uno dei numeri successivi.

50. L'essere a capo del consiglio di famiglia il pretore è garanzia principalissima dell'efficacia di questa istituzione per proteggere l'interesse dei minori. La perfetta conoscenza e lo scrupoloso rispetto delle leggi, la prudenza, la pratica degli affari, l'imparzialità, lo spirito conciliativo, che sono doti del magistrato assicurano che

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 251-254, vol. I, § 576, pag. 908.

sotto la direzione di lui il consiglio di famiglia corrisponda più facilmente ai fini pei quali è istituito; e non si lasci luogo a negligenze, a raggiri fraudolenti, a violazioni delle leggi, a sfoghi di passione, a soddisfazioni d'interessi personali in danno del tutelato, negli atti che il consiglio medesimo è chiamato a compiere.

Si è chiesto se il pretore eserciti o no queste funzioni nella qualità sua di magistrato. È indubitabile da un lato ch'egli non le esercita come magistrato giudicante; poichè nulla vi è di contenzioso negli atti di competenza del consiglio di famiglia, del quale il pretore è capo. Epperò non sarebbe certo applicabile l'aforisma: *non bis in idem*, per impedire al pretore di presiedere ad una seconda convocazione del consiglio di famiglia e portarvi il suo voto, quando una prima deliberazione sull'identico oggetto fosse stata annullata. Più ancora, non gli sarebbe vietato di prender parte alla rivocazione, che le circostanze consigliassero, d'una deliberazione presa dianzi, quantunque essa non fosse neppure stata impugnata; perchè tale rivocabilità è propria generalmente degli atti di giurisdizione volontaria, tra i quali sono da annoverarsi quelli ancora del consiglio di famiglia.

Ma è pur certo, d'altro lato, che il pretore fa parte del consiglio nella sola qualità sua di magistrato, la quale presenta appunto quelle guarentìe su cui ha fatto assegnamento la legge nel porlo a capo del consiglio di famiglia. Ond'è che una convocazione, alla quale non potesse prendere parte il pretore, dovrebb'essere intimata e presieduta da chi è incaricato legalmente di supplirlo, ma non sarebbe legale l'adunanza senza l'intervento di quel magistrato, nè il tribunale potrebbe delegare uno dei giudici, od altra persona per presiedere il consiglio in luogo del pretore.

Al pretore appartenendo esclusivamente e di diritto la presidenza del consiglio, egli solo ha quindi qualità legale per convocarlo; sebbene, oltre a poterlo fare d'uffizio, sia

in obbligo di ordinare la convocazione, quando ciò gli sia chiesto dal tutore, o dal protutore, o dal curatore, o da due consulenti, o dagli aventi un interesse legittimo, o gli sia ingiunto dal procuratore del re (art. 257 codice civile). Ne seguirebbe pertanto l'illegalità delle adunanze, le quali fossero state convocate o presiedute da altri che dal pretore o dal vice-pretore presso cui il consiglio è costituito, e in caso di loro mancanza o impedimento, dal pretore o vice pretore del mandamento più vicino nella circoscrizione territoriale dello stesso tribunale, o da un uditore, o da altro vice-pretore, del territorio dipendente dalla medesima giurisdizione, che per urgenza ed a richiesta del procuratore del re fosse stato dal presidente del tribunale destinato a supplire temporariamente al pretore o vice-pretore mancante o impedito.

Il pretore esercita inoltre relativamente al consiglio di famiglia altri uffici che gli sono demandati dalla legge.

È a lui che appartiene di riconoscere se vi siano, in numero sufficiente per costituire il consiglio di famiglia, le persone chiamate dalla legge a farne parte in qualità di consulenti di diritto; e mancando esse, o non essendo bastanti in numero, nominare consulenti elettivi, seguendo le norme di cui parleremo appresso (art. 253 codice civile).

A lui pure spetta di applicare l'ammenda, estensibile a lire cinquanta, a quei consulenti che manchino d'intervenire personalmente all'adunanza senz'avere giustificata la loro assenza, e di riferire al procuratore del re affinchè promuova in giudizio civile l'applicazione d'una multa, estensibile sino a lire cinquecento, a quei consulenti la cui assenza abituale e non giustificata avesse reso necessario che il pretore surrogasse ad essi altre persone (articolo 255 cod. civ.).

Egli solo ha dalla legge la facoltà di dispensare dall'ufficio di consulente le persone che ne facciano domanda appoggiata a gravi motivi (art. 254 cod. civ.).

Un illustre commentatore ha aggiunta un'altra facoltà, che, a suo dire, spetterebbe al pretore: e sarebbe " quella " di *rimuovere dal consiglio già formato i membri che se ne " rendessero indegni*, cadendo in uno di quei fatti legali " che portano l'esclusione. In questo senso deve intendersi " la seconda parte dell'art. 254: " il pretore surrogherà " quei consulenti che nel corso della tutela cessino dall'uf- " ficio „. Cessa dall'ufficio non solo chi muore, ma anche " chi ne diventa indegno „ (1). Ma questa asserzione è effetto evidente d'una inavvertenza. Se chi sarebbe chiamato a far parte del consiglio di famiglia si trovi colpito da una delle cause d'incapacità contemplate nei nn. 2 e 3 dell'art. 268, o se chi sia già consulente, o di diritto o elettivo, debba cessare pel sopravvenire d'una delle predette cause d'incapacità, è certo che il pretore non deve più tener conto di questi consulenti, che in tali casi cessano dall'ufficio per virtù immediata della disposizione della legge; epperò deve procedere senz'altro a surrogare ad essi altre persone, secondo le norme stabilite dagli art. 252 e 253. Ma se invece si tratti di una di quelle cause, che a tenore dell'art. 269 fanno luogo alla esclusione od alla rimozione dall'ufficio di consulente, l'art. 271 attribuisce espressamente *al consiglio di famiglia* di pronunciarsi sulle domande relative, che debbono essergli proposte, salvo ancora il diritto di richiamo davanti al tribunale. Il dichiarare la esclusione o la rimozione, apprezzando i fatti che secondo la legge possono farvi luogo, è dunque senza dubbio fuori della competenza del pretore. E se è vero che il § 2 dell'art. 254 attribuisce a lui di surrogare, colle norme stesse stabilite dagli art. 252 e 253, " quei consu- " lenti che nel corso della tutela *cessino dall'ufficio* „, è però evidente, per le disposizioni combinate dei citati art. 269 e 271, che quei consulenti, i quali siano incorsi in qualche causa legale di rimozione, *non cessano dall'ufficio se non*

(1) V. Borsari, l. c., vol. I, § 576, pag. 909.

per deliberazione del consiglio di famiglia e per decisione conforme del tribunale in caso che sia stato presentato richiamo.

51. Oltre al pretore, presidente, fanno necessariamente parte del consiglio di famiglia *il tutore, il protutore* e *pel minore emancipato il curatore* (art. 251, § 2, cod. civ.). Questa regola, introdotta nel nostro codice come un'innovazione alle legislazioni precedenti, ebbe per iscopo che non mancassero in seno all'assemblea deliberante della tutela le cognizioni di fatto indispensabili circa lo stato dell'amministrazione, e circa le vere speciali condizioni degli affari intorno a cui devesi deliberare.

Del resto — come già osservammo altra volta — quando vi sia un tutore legittimo, o quando vi siano tutore e protutore nominati per testamento dall'ultimo dei genitori che era rimasto superstite, o *dativi*, o quando infine l'emancipato abbia già un curatore legittimo o dativo, la partecipazione del tutore e del protutore o del curatore al consiglio di famiglia è necessaria; tantochè, come vedremo più oltre, sarebbero nulle le deliberazioni del consiglio, qualora essi pure non fossero stati convocati, al pari degli altri membri del consiglio medesimo, per prendervi parte. Ma sarebbe errore il ritenere che non potesse esservi composizione valida del consiglio di famiglia, se non facendone parte il tutore e il protutore o il curatore; per la ragione evidente che quando il tutore e il protutore non siano stati nominati per testamento da chi ne avrebbe avuta facoltà, e quando non vi sia tutore o curatore legittimo, il consiglio di famiglia agisce prima ancora che il tutore, il protutore e il curatore esistano, agisce prima di tutto per nominarli; il che spiega — già lo avvertimmo — il motivo pel quale il nostro art. 251, dichiarando nel primo paragrafo di quali persone si componga indispensabilmente sempre il consiglio di famiglia, accenna soltanto *il pretore e quattro consulenti*, quantunque aggiunga poi nel successivo paragrafo: che

faranno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, il protutore e pel minore emancipato il curatore.

52. “ Sono consulenti di diritto nell'ordine seguente, “ quando non fanno parte del consiglio di famiglia in altra “ qualità: 1° gli ascendenti maschi del minore; 2° i fra- “ telli germani; 3° gli zii „.

Non vi è bisogno di dimostrare che questa disposizione del primo paragrafo dell'art. 252 è *tassativa*. Come sarebbe possibile che altri reclamasse legittimamente la qualità di consulente di diritto, quando questa qualità non gli è conferita espressamente da un testo di legge? Ciò sarebbe evidentemente assurdo e contraddittorio nei termini. E da questa massima deriva necessariamente anche l'altra, che per le persone stesse contemplate in quella disposizione, essa debba applicarsi strettamente; di guisa che qualunque dubbio possa presentarsi intorno alla estensione della disposizione predetta, abbia a risolversi nel senso di lasciar luogo alla elezione da parte del pretore — il quale però deve scegliere, per quanto sia possibile e conveniente i parenti prossimi (art. 253, § 1, cod. civ.) — piuttostochè ritenere come *consulenti di diritto* persone che non siano evidentemente comprese nella designazione contenuta nel testo dell'articolo 252. Di che vedremo poi qualche importante applicazione parlando nei numeri successivi di ciascuna delle categorie di persone contemplate nel predetto articolo.

Queste persone stesse non fanno poi numero tra i *consulenti di diritto* fuorchè quando — come si esprime il testo — *non fanno parte del consiglio di famiglia in altra qualità:* il che significa che quando un ascendente, un fratello germano o uno zio fosse tutore o protutore del minorenne, essendo già per questa medesima qualità membro necessario del consiglio di famiglia, non occuperebbe il posto di consulente di diritto, e il consiglio dovrebb'essere integrato con altre quattro persone che avessero le qualità

stabilite dall'art. 252, od altrimenti colla nomina di consulenti elettivi, a norma dell'art. 253.

Pel resto, già accennammo quale sia stato il concetto seguìto dagli autori del nostro codice nel determinare quali persone dovessero essere consulenti di diritto (1). Si ebbe in vista unicamente l'interesse del minore, designando coloro che pel rapporto della loro parentela con lui davano ragione di maggior fiducia nel loro affetto, nel loro interessamento per la buona gestione della tutela. Si abbandonò quindi ogni idea d'una rappresentanza necessaria delle due linee paterna e materna nel consiglio di famiglia; nè si ebbe in considerazione il benefizio eventuale della successibilità nell'eredità del minore, per farvi corrispondere l'onere di consulente di diritto.

Le persone indicate nell'art. 252 possono tutte essere consulenti di diritto, entro il limite del numero di quattro, stabilito dal precedente art. 251, ed osservato l'ordine prefisso dal medesimo art. 252 e di cui parleremo più oltre; senzachè sia subordinata tale qualità di consulente di diritto ad alcuna speciale condizione di capacità per quelle persone. Le condizioni di capacità, sì pei consulenti di diritto che per gli elettivi, sono le stesse che la legge ha stabilito in generale per gli uffizi di tutela, e così anche pel tutore e protutore (art. 268, 269 cod. civ.); e ne tratteremo in sede opportuna.

53. Primi, tra i consulenti di diritto, sono indicati dalla legge *gli ascendenti maschi del minore.* Le ascendenti — come altrove osservammo — non sono però assolutamente escluse dal consiglio di famiglia (2); che, anzi, sono rese ammissibili a tale uffizio, per una eccezione che la legge fa espressamente alla regola generale da essa stabilita, per la quale *le donne non possono far parte dei consigli*

(1) V. sopra, n. 49, pag. 182.
(2) V. sopra, n. 49, pag. 183.

di famiglia (art. 268, n. 1, cod. civ.). Ma le stesse considerazioni, che indussero il legislatore a pronunciare questa generale incapacità delle donne, gli suggerirono eziandio di non conferire neppure alle ascendenti un mandato diretto per far parte del consiglio di famiglia; e quantunque per eccezione si volesse rendervele ammissibili, fu però stimato opportuno di lasciare al giudizio prudente del pretore il riconoscere se fossero idonee all'ufficio di consulenti e potessero esercitarlo con vera utilità del minore. Da ciò per altro deriva la conseguenza assai grave, e forse in non pochi casi dannosa, che le ascendenti rimangano di fatto necessariamente escluse dal consiglio di famiglia, qualora vi siano in numero sufficiente per comporlo altre persone fra quelle contemplate nell'art. 252.

Gli *ascendenti maschi* sono consulenti di diritto senza riguardo al grado più o meno remoto in cui si trovino; di guisa che anche i bisavoli o i trisavoli, se per caso rarissimo fossero superstiti, avrebbero a far parte del consiglio di famiglia, qualora non fossero colpiti da qualche causa di incapacità o di esclusione, nè chiedessero ed ottenessero dal pretore d'essere dispensati, a norma dell'art. 254.

Sono annoverati in secondo luogo tra i consulenti di diritto i *fratelli germani del minore*. La condizione, espressa nel testo, che siano *germani*, suggerisce tosto l'idea che siasi inteso di escludere i *consanguinei* e gli *uterini*; lasciando solamente luogo per questi ad essere *consulenti elettivi* con quella preferenza che l'art. 253 stabilisce a favore dei *parenti prossimi* del minore. La ragione probabile di tale esclusione fu dimostrata colle seguenti parole: “ Si è avuta “ poca fiducia nei fratelli consanguinei, meno ancora negli “ uterini. Gli interessi di codesti fratelli rare volte si accor- “ dano, più spesso sono in contraddizione „ (1). A fronte di questo motivo, che può aver avuto la legge, non è tuttavia da dissimularsi una grave obbiezione. I fratelli consanguinei

(1) V. Borsari, l, c., vol. I, § 577, pag. 910.

e gli uterini sono congiunti al minore dal lato soltanto del padre o della madre, a differenza dei germani che gli sono congiunti per doppio vincolo. Ma non è forse lo stesso per gli zii? Eppure essi sono compresi tra i consulenti di diritto; così che tra due parenti ugualmente unilaterali la legge avrebbe escluso il più prossimo per lasciar luogo al più remoto, contro il principio fondamentale da essa medesima adottato, che l'attribuzione della qualità di consulente di diritto debba dipendere dal più stretto vincolo di parentela col minore. E questa considerazione parve a taluni di tanta importanza, che indusse qualche Corte d'appello e qualche scrittore a stabilire che sotto la denominazione di *fratelli germani* debbansi ritener compresi nella disposizione dell'articolo 252 anche *i fratelli consanguinei e gli uterini*, e quella espressione di *fratelli germani* sia stata usata unicamente *per distinguerli dai cugini che non hanno comune nè il padre nè la madre* (1). Senonchè questa spiegazione è troppo evidentemente inesatta. Se la legge si fosse limitata a dichiarare consulenti di diritto *gli ascendenti maschi, i fratelli* — senza aggiungere la distinzione di *germani* — *e gli zii*, niuno per certo avrebbe pensato che sotto quel nome di *fratelli* si fosse voluto comprendere anche i *cugini*, sia perchè non si estende tanto il senso naturale della parola, e per indicare quelli i cui padri o madri furono fratelli o sorelle bisogna dire *fratelli cugini* o *cugini* assolutamente, e non semplicemente *fratelli;* sia perchè l'enumerazione contenuta nell'art. 252 esprime anche — come vi è testualmente dichiarato — l'*ordine* in cui le persone ivi indicate sono chiamate all'ufficio di consulenti di diritto, e sarebbe strano il pensare che i cugini fossero preferiti agli zii. Quella parola *germani* aggiunta all'altra di *fratelli*, non può dunque avere avuto altro scopo che di significare come l'ufficio di consulenti di diritto siasi voluto limitare soltanto

(1) V. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. I, n. 414, pag. 534, 535.

ai nati da un medesimo padre e da una medesima madre, escludendo così quelli che abbiano avuto comune soltanto il padre o la madre. Ciò d'altronde è conforme al senso in cui la legge stessa ha usata l'espressione di *fratelli germani* in altre disposizioni, nelle quali li ha contrapposti appunto ai consanguinei ed uterini (articolo 740 codice civile). Eppoi quando pure rimanesse dubbio se la legge avesse voluto fare consulenti di diritto anche i fratelli unilaterali, o limitare il conferimento di tale ufficio a quelli soli che fossero nati dal medesimo padre e dalla medesima madre, basterebbe — come dimostrammo nel numero precedente — questo dubbio, per doverlo risolvere nel senso di tenere ristretto, anzichè ampliare per interpretazione il mandato di consulente di diritto, che non può avere base legittima se non in una disposizione espressa dalla legge (1). Le sorelle, quantunque nate dal medesimo padre e dalla medesima madre del minore, non sono mai consulenti di diritto. Ma esse pure, come le ascendenti, possono essere *consulenti elettive*, purchè non siano maritate; poichè il già citato art. 268, n. 1, ammette anche loro, per eccezione, a poter far parte dei consigli di famiglia. Da ultimo sono designati come consulenti di diritto *gli zii del minore*. Ed anche qui il senso proprio della parola *zio* — che indica il fratello del padre o della madre, e non il fratello dell'avo o dell'avola — e la massima che le disposizioni della legge riguardanti la determinazione dei consulenti di diritto debbano essere interpretate in senso restrittivo piuttostochè estensivo, inducono a ritenere come non dubbio che i *prozii* non abbiano a comprendersi tra i consulenti di diritto, salvo sempre il titolo di preferenza, che per la maggiore prossimità di loro parentela col minore possa ad essi spettare nella nomina di consulenti elettivi, a norma dell'articolo 253 (2); quantunque sia stato deciso al contrario da

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 232.
(2) V. Borsari, loc. cit.

qualche Corte, e ritenuto da qualche scrittore, che la parola *zio* comprenda anche il *prozio* (1).

54. Essendo invariabile il numero delle persone, che hanno a comporre sotto la presidenza del pretore il consiglio di famiglia, oltre al tutore e al protutore, od al curatore se si tratti d'un minore emancipato; e potendo accadere che quel numero sia superato dalle persone che avrebbero qualità legale per poter essere rivestite dell'ufficio di *consulenti di diritto*, conveniva quindi determinare a che dovesse appoggiarsi la preferenza, che sarebbe pure inevitabile, da dare ad alcune di quelle persone a fronte delle altre. E a ciò provvide infatti il legislatore colla medesima disposizione dell'art. 252, stabilendo nel primo paragrafo che " sono consulenti di diritto *nell'ordine seguente*... " 1° gli ascendenti maschi del minore; 2° i fratelli germani; " 3° gli zii ", e soggiungendo poi nel successivo paragrafo che " in ciascun ordine saranno preferiti i prossimi, ed in " parità di grado i più anziani ".

Dicemmo che anche quella prima disposizione contiene una norma di preferenza tra le persone, che in numero eccedente quello stabilito dalla legge potessero avere qualità per assumere l'ufficio di consulenti di diritto. E ciò sembra evidente; poichè altrimenti quelle parole " *nell'ordine seguente* " e l'indicazione che succede degli ascendenti, dei fratelli germani e degli zii, con un numero d'ordine distinto per ciascuna categoria, non avrebbero alcuno scopo; od anzi ingenererebbero un falso concetto, se gli ascendenti, di qualunque grado fossero, non dovessero sempre essere preferiti ai fratelli germani ed agli zii, ma dovessero al contrario essere posposti qualora nella computazione del grado di parentela col minore si trovassero più remoti dei fratelli o degli zii. Pertanto non sembra dubbio, secondo il testo dell'art. 252, che le cause di pre-

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 233, n. 1.

ferenza, tra coloro i quali potrebbero assumere l'ufficio di consulenti di diritto, siano le seguenti: in primo luogo l'*ordine della parentela*, giusta l'enumerazione contenuta nel primo paragrafo del predetto articolo; in secondo luogo, e sussidiariamente, la *prossimità del grado;* in terzo luogo, e sussidiariamente ancora, l'*anzianità*. Cosicchè gli ascendenti maschi, senza distinzione di grado, dovrebbero esser preferiti sempre ai fratelli ed agli zii; e perciò se quattro ascendenti potessero assumere l'ufficio, e non ne venissero dispensati, escluderebbero i fratelli del minore, sebbene essi siano in grado di parentela più prossimo che i bisavoli, escluderebbero tanto più gli zii, quantunque siano in grado più prossimo che i trisavoli.

Nondimeno il maggior numero dei commentatori del nostro codice hanno insegnato che due soli criteri debbano servire a determinare quali fra le persone indicate nel primo paragrafo dell'art. 252 debbano assumere l'ufficio di consulenti di diritto, cioè *la prossimità della parentela, e l'anzianità tra i congiunti dello stesso grado;* escludendo così l'altro elemento, quello che anzi pare a noi il primo risultante dal testo stesso della citata disposizione, cioè l'*ordine della parentela* secondo l'enumerazione recata dal predetto articolo. Dicono infatti quegli autori, che sebbene vi siano indicati in primo luogo gli ascendenti maschi del minore, in secondo luogo i fratelli germani, e in terzo luogo gli zii, pure i fratelli germani escluderebbero i bisavoli e gli zii escluderebbero i trisavoli, a cagione della maggiore prossimità di grado nella parentela col minore; e che tra i fratelli germani e gli avoli, tra gli zii e i bisavoli, la ragione della preferenza degli avoli o dei bisavoli dipende dalla loro anzianità rispetto ai fratelli e agli zii (1).

A questa teoria si è però opposto un altro scrittore, il quale ha ritenuto inammissibile “ *che i prossimi d'un ordine*

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 571, pag. 400; Borsari, *Comm.*, art. 251-254, vol. I, § 577, *f)*, pag. 910; Ricci, *Corso teor.-pratico di dir. civile*, vol. I, n. 414.

“ *rimangano esclusi dai più prossimi di un altro ordine. La* “ *maggiore o minore prossimità si considera solamente in* “ *ciascun ordine* „ (1). E ci sembra questa la più schietta interpretazione della legge. L'opinione contraria considera che l'ordine di preferenza, tra coloro che la legge designa per essere consulenti di diritto, sia determinato esclusivamente dal secondo paragrafo dell'art. 252, dove si dichiara *dover essere preferiti i prossimi, ed in parità di grado i più anziani;* e queste due regole ritiene come assolute. Ma in ciò vi è un errore, che ci sembra risulti manifesto anche solo dal testo di questo secondo paragrafo, poichè esso non dice semplicemente che *saranno preferiti i prossimi*, e *in parità di grado i più anziani*, ma che questa preferenza avrà luogo *in ciascun ordine;* il che dunque suppone che nel concorso di più ordini dei parenti precedentemente contemplati sia diversa la norma con cui debba determinarsi la preferenza tra di loro. E questa norma diversa emerge appunto dal primo paragrafo del detto art. 252, dove è stabilito chiaramente — come ci sembra di avere dimostrato — che l'ordine degli ascendenti è preferito assolutamente ai fratelli germani, come questi sono preferiti agli zii; di guisa che un ascendente, di qualunque grado sia, esclude i fratelli germani e gli zii, non ostante la maggiore prossimità del grado di parentela tra essi ed il minore.

È dunque solamente quando in uno dei tre ordini contemplati nel primo paragrafo dell'art. 252 si trovino più persone di quante occorrano a completare il numero legale dei consulenti, è solamente allora che la preferenza è determinata dalla prossimità di grado nella parentela, e in caso di parità di grado dall'anzianità. Così supposto, per caso rarissimo, che il minore avesse superstiti e capaci più di quattro ascendenti maschi, tra quelli di linea paterna e materna indistintamente, sarebbero consulenti di

(1) V. Buniva, op. cit., vol. I, pag. 233.

diritto i quattro più prossimi di grado, esclusi affatto i fratelli germani e gli zii del minore; e quando per completare il numero dei consulenti fosse necessario determinare la preferenza tra due ascendenti d'egual grado, sarebbe l'anzianità che deciderebbe. Se essendovi qualche ascendente, bisogni tuttavia, com'è il caso più comune, completare con altre persone il numero legale dei consulenti, e vi siano fratelli germani e zii del minore in numero complessivamente esuberante, i fratelli saranno preferiti agli zii, e tra i fratelli e tra gli zii saranno preferiti i più anziani. Tale, e non altro, ci sembra il senso da potersi dare razionalmente al disposto del secondo paragrafo dell'art. 252, combinandolo, come si deve, colla disposizione precedente del medesimo articolo. È vero che vi è detto: *in ciascun ordine saranno preferiti i prossimi*, mentre in realtà questa regola non potrebbe avere applicazione che rispetto all'*ordine degli ascendenti*, stantechè tra i fratelli e tra gli zii non può esservi differenza di grado. Ma una tal forma della disposizione, che da questo lato potrebbe parere censurabile, si spiega e si giustifica facilmente quando si pensi, che quelle parole: *in ciascun ordine*, furono impiegate appunto per far notare che la prima regola di preferenza tra i consulenti di diritto sta *nell'ordine della parentela*, e solo dopo di essa e in sussidio vengono adottate le altre norme della prossimità, e in parità di grado dell'anzianità. Uno dei sostenitori dell'opposta opinione ha voluto spiegare diversamente quella espressione, dicendo che: “ la preferenza accordata ai più prossimi di “ ciascun ordine non altro vuol dire, se non che il “ prossimo nell'ordine secondo esclude il remoto del “ primo, e così di seguito „ (1). Ma ci sembra chiaro che con questo concetto non si spiegano veramente, ma si cambiano i termini della legge; poichè alla formola da essa usata si viene in sostanza a sostituire questa

(1) V. Ricci, l. c.

altra: " *I più prossimi sono preferiti ai più remoti di qualunque ordine, e in parità di grado sono preferiti i più anziani*. Ora è evidente che si tenderebbe con ciò a confondere i diversi ordini contemplati nella parte anteriore dell'art. 252, facendo su tutti dominare le sole considerazioni della prossimità di grado nella parentela e della anzianità; mentre all'opposto la legge ha voluto tener distinti i diversi ordini, dicendo che *in ciascuno di essi* la preferenza tra le persone che vi appartengono è determinata dalla *prossimità* di parentela, e, se il grado è pari, dalla *anzianità*.

55. Dopo avere stabilito quali debbano essere i *consulenti di diritto*, il codice prescrive il modo per completare il consiglio di famiglia nel caso che quelli manchino affatto od in parte.

" Non vi essendo, dice l'art. 253, i consulenti indicati " nell'articolo precedente, o non essendo in numero suffi- " ciente, il pretore deve nominare allo stesso uffizio altre " persone, scegliendole, per quanto sia possibile e conve- " niente, tra i prossimi parenti od affini del minore.

" In mancanza di parenti e di affini, il pretore prov- " vederà a norma dell'art. 261 „.

Accennando colle prime parole di questa disposizione ai casi in cui può farsi luogo alla nomina di consulenti elettivi, la legge ha usata una formola che presa letteralmente sarebbe troppo limitata. Possono *esservi in numero sufficiente* i consulenti di diritto, e tuttavia essendo essi *incapaci* di far parte del consiglio di famiglia (art. 268 codice civile), od *esclusi* o *rimossi* (art. 269 codice civile), o *dispensati* dall'ufficio (art. 254 codice civile), divenire ugualmente necessario di sostituir loro altre persone. Ora, le norme dell'art. 253 debbono senza dubbio applicarsi indistintamente a qualunque caso, in cui per qualsiasi causa il numero delle persone, che devono comporre il consiglio di famiglia, non sia o cessi di essere intiera-

mente coperto da consulenti di diritto; sia poi che questi o alcuni di essi manchino, o siano incapaci, o per indegnità siano esclusi al tempo dell'apertura della tutela; sia che nel corso di questa muoiano, o cessino pel sopravvenire di qualche causa d'incapacità, o vengano rimossi per cause d'incapacità stabilite dalla legge; sia, in fine, che chiedano ed ottengano dispensa, o dall'assumere, o dal continuare l'esercizio delle loro funzioni. Il che, del resto, per queste due ultime categorie di casi, è anche espressamente dichiarato nel successivo art. 254.

La nomina dei consulenti elettivi è affidata dalla legge al pretore; e di certo questo mandato, tanto importante per l'interesse del minore, non poteva essere posto in mani migliori di quelle del magistrato locale, che più di ogni altro è in grado di conoscere intimamente e sicuramente le qualità e la condotta delle persone residenti nel territorio di sua giurisdizione, e di fare tra esse la scelta più giudiziosa e più opportuna.

Del resto, se spetta al pretore l'elezione, non è però vietato, che da altri, per esempio da qualcuno che già sia consulente di diritto, od anche dal tutore stesso, o dal protutore, se già vi siano, gli venga fatta la proposta, e ch'egli la adotti. Ciò che veramente importa nell'interesse del minore, ciò che solo è prescritto dalla legge, è che la qualità di consulente elettivo non sia conferita che dall'autorità del pretore locale, il quale per dovere d'uffizio abbia quindi ad accertare l'idoneità delle persone che riveste di tale carica.

Tuttavia la legge non volle a questo proposito conferire al pretore un potere affatto arbitrario; e prescrisse norme da seguire, diverse secondochè il minore abbia o non abbia parenti od affini, sebbene non compresi nella categoria dei consulenti di diritto.

a) Nel primo caso, l'art. 253, § 1, stabilisce che il pretore, nominando i consulenti elettivi, debba *sceglierli, per quanto sia possibile e conveniente, tra i prossimi parenti*

od affini del minore. Sotto il codice francese, il cui articolo 407 disponeva doversi comporre il consiglio di famiglia di sei *parenti od affini* del minore, era controverso se dovesse chiamarsi l'affine quand'anche fosse premorto senza figli il coniuge da cui derivava l'affinità; per esempio il marito della sorella del minore quando questa fosse premorta senza prole (1). Nella nostra legislazione essendo stabilita espressamente la massima che " l'affinità non " cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal " quale deriva „ (art. 52 cod. civ.), e l'art. 253 chiamando con una disposizione generica ed illimitata *gli affini del minore*, non v'ha dubbio che sarebbe completamente indifferente l'essere vivo o morto, con prole o senza, il coniuge da cui derivava l'affinità.

Secondo il citato articolo del codice francese, i *parenti* dovevano esser chiamati a far parte del consiglio di famiglia *secondo l'ordine di prossimità* in ciascuna delle due linee paterna e materna; e *il parente doveva essere preferito all'affine dello stesso grado*. Il codice nostro, all'opposto, non stabilisce un ordine rigoroso di precedenza tra i parenti in ragione della prossimità del grado; chè infatti non dice *dover essere eletti i più prossimi*, ma *doversi scegliere tra i prossimi*, e ciò ancora *per quanto sia conveniente*. Nè poi attribuisce alcuna preferenza al parente sull'affine, ma anzi indica semplicemente l'uno allato dell'altro: *parenti od affini*. Ne risulta pertanto, che, secondo apparisca più conveniente nell'interesse del minore, potrà essere scelto un parente più lontano a preferenza d'un più prossimo, o un affine a preferenza d'un parente, sia questi dello stesso grado od anche di grado più vicino.

Ma almeno i parenti e gli affini dovranno sempre ed assolutamente essere preferiti agli estranei? Tale è l'opinione recentemente manifestata da uno scrittore, il quale

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 255.

pensa che " agli amici il pretore non può ricorrere, se " non nel difetto assoluto di parenti, o quando quelli tra " essi, che unicamente potrebbero essere nominati con- " sulenti, ne sono incapaci „, e che l'operare altrimenti " è aperta violazione di legge, ed il consiglio di famiglia, " che ne risulti costituito, è illegale „ (1).

È facile scorgere quale sia la base di questa teoria. L'esservi parenti od affini del minore, capaci di far parte del consiglio di famiglia, obbligherebbe, secondo l'articolo 253, § 1, il pretore a designare i consulenti elettivi tra i medesimi parenti od affini: e la limitazione espressa con quelle parole: *per quanto sia possibile e conveniente*, sarebbe riferibile unicamente alla preferenza dei prossimi parenti od affini ai più remoti. Di guisa che, riconoscendolo conveniente, il pretore potrebbe nominare un parente od anche un affine più lontano, lasciando da parte un parente prossimo; ma finchè vi fossero parenti od affini capaci, non potrebbe eleggere persone estranee; e quando mancassero affatto o fossero incapaci i parenti o gli affini, dovrebbe provvedere a norma dell'art. 253, § 2, combinato col 261. Ma una tale interpretazione non sembra d'accordo nè colla lettera nè collo spirito della disposizione di cui parliamo. I termini di essa accennano ad una elezione totalmente affidata al prudente criterio del magistrato. *In mancanza dei consulenti di diritto*, dice l'articolo, *il pretore deve nominare altre persone;* non già che debba *nominare altri parenti od affini del minore.* Soggiunge, è vero, che quelle persone debbano essere scelte a preferenza *tra i prossimi parenti od affini;* ma questa preferenza, lungi dall'essere assoluta, in modo da escludere affatto gli estranei, è indicata soltanto come una norma direttiva al pretore, per l'uso ch'egli è chiamato a fare del suo potere discrezionale; come chiaro apparisce da quella frase limitativa, che si ebbe cura di apporre alla disposizione:

(1) V. Ricci, *Corso teor.-pratico di dir. civile*, vol. I, n. 416, pag. 537.

per quanto sia possibile e conveniente. Così la prima parte dell'art. 253 potrebbe tradursi in quest'altra forma: “ Non “ vi essendo i consulenti indicati nell'articolo precedente, “ o non essendo in numero sufficiente, il pretore deve “ nominare allo stesso uffizio altre persone. Se vi siano “ prossimi parenti od affini del minore, il pretore sce- “ glierà tra essi i consulenti, per quanto lo riconosca “ conveniente all'interesse del minore „. E se si confronta questa dicitura con quella del testo, è facile persuadersi esserne identico il senso.

L'interpretazione che combattiamo fa invece parlare la legge così:

“ Non vi essendo i consulenti indicati nell'articolo pre- “ cedente, o non essendo in numero sufficiente, il pretore “ deve nominare allo stesso uffizio *altri parenti od affini* “ *del minore*. Tra essi *prescegliera i più prossimi, qualora* “ *lo riconosca conveniente* „. Ora, chi non vede che a questo modo, non solo si aggiunge qualche cosa al testo, ma se ne scontorce e se ne altera manifestamente il significato naturale?

È chiaro ancora che colla predetta interpretazione si viene a creare arbitrariamente una nuova categoria di *consulenti di diritto*, estendendola *a tutti i parenti e agli affini;* mentre i consulenti di diritto sono determinati tassativamente nell'art. 252, limitandosi agli *ascendenti maschi del minore*, ai *fratelli germani* ed agli *zii*. È vero che tra gli altri parenti o tra gli affini si darebbe luogo, ad ogni modo, ad una *elezione*, che il pretore farebbe secondo ciò che giudicasse *più conveniente* pel minore. Ma intanto questa elezione sarebbe limitata in una categoria di persone, entro la quale dovrebbe per legge cadere la scelta dei consulenti; e se i parenti o gli affini capaci non superassero il numero legale, stabilito dall'art. 251, § 1, essi sarebbero necessariamente *consulenti di diritto*, contro la disposizione dell'art. 252, che determina tassativamente le persone alle quali attribuisce tale qualità.

I motivi poi della legge concorrono, a nostro avviso, a confermare l'interpretazione che reputiamo più naturale e giusta secondo il testo. Per qual ragione si son fatti consulenti di diritto soltanto gli ascendenti maschi, i fratelli germani e gli zii, e questi mancando si è dato luogo a consulenti elettivi da nominarsi dal pretore? Evidentemente perchè solo quelle persone, atteso alla qualità ed intimità dei loro rapporti di famiglia col minore, presentavano una così grave presunzione che giovasse all'interesse del minore medesimo l'esser esse chiamate a far parte del consiglio di famiglia, da doversi reputare inopportuno il ricorrere ad una qualunque elezione, che potesse avere per risultato d'escludere quelle persone preferendone altre. Ma stabilito così, che per tutt'altri parenti o per gli affini si dovesse ricorrere alla elezione, per conformarla a ciò che apparisse più conveniente all'interesse del minore, era poi logico il non prefiggere a codesta elezione alcun limite assoluto, e per quanto fosse opportuno additare come norma direttiva la preferenza desiderata dalla legge dei parenti o degli affini, lasciare però che il magistrato potesse anche nominare invece persone estranee, quando nella prudenza sua lo riconoscesse più conveniente per l'interesse del minore. Altrimenti accadrebbe talora che un lontano parente od affine, fino al decimo grado, inconscio affatto degli affari della famiglia, da cui era considerato al pari d'un estraneo, solo per questa remota relazione di sangue o di affinità, appena forse conosciuta, escludesse un intimo amico, che alla buona amministrazione della tutela contribuirebbe col più vivo interessamento, e colla piena conoscenza sua degli affari a cui dovrebbe prender parte. Inutile il dire che ciò sarebbe tutt'altro che conforme allo scopo supremo dell'ordinamento tutelare, di promuovere in tutto il maggior bene dell'incapace.

Ci par dunque manifestamente erronea la proposizione che non si possa, senza violazione della legge, nominare a consulenti persone estranee, se non *in difetto assoluto*

di parenti e di affini, o quand'essi siano incapaci; e reputiamo, all'opposto, che secondo la retta interpretazione dell'art. 253, § 1, in mancanza dei consulenti di diritto enumerati tassativamente nell'art. 252, il pretore possa nominare quelle persone, anche estranee, ch'egli reputi più idonee nell'interesse del minore; avvertendo soltanto di preferire i prossimi parenti o gli affini *per quanto ciò possa essere conveniente.*

Determinato così, nella parte più fondamentale, il senso da attribuirsi al predetto art. 253, § 1, ci resta però di esaminare più da vicino i particolari di questa disposizione. Alla preferenza, ch'essa indica come norma al pretore, in riguardo ai parenti od agli affini del minorenne, pone due limitazioni colle parole che già più volte notammo: *per quanto sia possibile e conveniente.* Il limite della possibilità si sarebbe imposto da sè, senza bisogno che la legge lo esprimesse; e certamente quando mancassero parenti ed affini, o vi fossero, ma incapaci, esclusi o rimossi, sarebbe pure stata necessità di completare il consiglio di famiglia, e non potendolo con parenti nè con affini, ricorrere a persone estranee. Ma la legge ha aggiunto anche l'altro limite della *convenienza;* e questa non avendo caratteri assoluti, ma relativi alle circostanze, l'apprezzamento delle quali dipende necessariamente da criteri individuali, ne risulta dunque evidente che demandando al pretore di scegliere i consulenti tra i parenti e gli affini del minore o tra persone estranee, *secondo la convenienza*, la legge è venuta a conferire a quel magistrato un *potere discrezionale.* La sola questione possibile è se questo potere sia *assolutamente discrezionale*, talchè la nomina fatta dal pretore sia incensurabile; oppure vi siano mezzi per poter fare annullare quella nomina, qualora essa non corrisponda veramente a ciò che è più conveniente per l'interesse del minore.

Vi è qualche opinione nel primo senso; poichè, si è detto: " Ciò che il pretore ha stimato *possibile e conve-*

“ *niente*, non può essere censurato, nè quindi formare “ soggetto di contestazione „ (1). Forse le parole hanno qui ecceduto alquanto l'intenzione dello scrittore, il quale non può avere ritenuta incensurabile la nomina che il pretore avesse fatta d'un consulente *incapace*, per ciò solo che il pretore *avesse stimata possibile quella nomina*. Ma che non possa *formar soggetto di contestazione giudiziale* la preferenza che il pretore abbia *stimato conveniente* di dare ad una persona estranea, a fronte di un parente od affine che non sia consulente di diritto, lo crediamo perfettamente esatto, per le ragioni che tra poco dimostreremo.

Altri, all'opposto, ha pensato che l'operato del pretore, il quale, nominando i consulenti, avesse preferito un parente od affine più remoto ad un più prossimo, sarebbe bensì incensurabile in cassazione, non essendovi da allegare in proposito alcuna violazione di legge; ma che nondimeno si potrebbe denunciare il decreto del pretore al tribunale, il quale avrebbe facoltà di annullarlo qualora riconoscesse che “ il pretore senza plausibile ragione, o “ anche con danno probabile del minore, avesse nella “ scelta preferito il parente remoto al prossimo „; e che in tal caso spetterebbe ancora al pretore di procedere ad una nuova nomina (2). L'autore parla soltanto della preferenza data al parente remoto sul più prossimo, perchè reputa che il preferire un estraneo al parente od all'affine costituisca una *violazione di legge*, nè in tale opinione vi è bisogno di dire che la costituzione, che sarebbe illegale, del consiglio di famiglia, lascierebbe luogo ai mezzi ordinari d'impugnazione in via contenziosa. Ma ritenuto pure, come parve a noi, che la preferenza accennata dall'art. 253 in favore dei prossimi parenti od affini del minore non sia assoluta, e che il pretore possa nominare

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 251-254, vol. I, § 579, *g*), pag. 910.
(2) V. Ricci, *Corso teor.-pratico di dir. civile*, vol. I, n. 415, pag. 536.

invece altre persone quando lo riconosca conveniente, è chiaro però che ammessa la possibilità d'un ricorso contro il decreto del pretore perchè egli avesse posposto il parente od affine più prossimo al più remoto, bisognerebbe ammetterlo per maggior ragione, qualora senza motivo plausibile avesse preferito al parente od all'affine un estraneo. È dunque comune ad ambidue i casi il breve esame che ora faremo di tale questione.

Per parte nostra crediamo vera la massima insegnata dal *Borsari*, che a tenore dell'art. 253 “ ciò che il pre-“ tore abbia stimato *conveniente* non possa essere censu-“ rato, nè quindi *formare soggetto di contestazione* „. Infatti, affinchè la nomina fatta dal pretore d'un più lontano parente od affine, o d'un estraneo, a preferenza di un prossimo congiunto, per l'ufficio di consulente, potesse farsi oggetto di controversia giudiziale davanti il tribunale civile, bisognerebbe che quella nomina avesse offeso qualche diritto del reclamante. Ora il più prossimo parente od affine non può allegare per questa sua qualità alcun diritto ad essere consulente; poichè si suppone ch'egli non sia di quelli che l'art. 252 tassativamente dichiara consulenti di diritto, e ciò posto la preferenza di lui, o d'altra persona che abbia avuto relazioni abituali d'amicizia col genitore del minorenne, dipende unicamente, a norma del successivo articolo 253, dall'apprezzamento affidato al pretore di ciò che sia più conveniente nell' interesse del minorenne medesimo.

Ma dovremo ritener dunque che il decreto del pretore sia assolutamente incensurabile, che non vi sia contr'esso alcun ricorso possibile, di modo che sia affatto irreparabile l'errore commesso in danno del minore, nominando consulente un lontano parente od un estraneo e lasciando da parte un prossimo congiunto, che avrebbe impiegato in servigio dell'amministrazione tutelare una capacità conosciuta, animata da quell'affetto che gl'ispirano i suoi rapporti di famiglia coll' amministrato, e illuminata dalla

piena conoscenza degli affari di lui? Dovremo pensare che unico rimedio possibile sia la domanda, che il consulente nominato si determini spontaneamente a fare, per essere dispensato dall'ufficio, come ammette l'art. 254? Un'altra via ci sembra aperta dalla nostra legislazione; la quale nell'art. 782 del codice di procedura civile, ammette che " quando nelle materie di giurisdizione volontaria sia com- " petente il pretore..... contro il decreto di questo si possa " *proporre reclamo al presidente del tribunale civile* „. Non vediamo ragione per escludere dalla generalità di questa disposizione il caso che è ora in disputa. E d'altronde ci sembra questa la soluzione più razionale della difficoltà; poichè senza fare oggetto di contestazione giudiziale un atto che è di pura giurisdizione volontaria, e che sta entro i limiti del potere discrezionale del magistrato, al quale ne è attribuita la competenza, si lascia tuttavia aperto il campo alla riforma d'un decreto, che il pretore avesse emanato contro il voto della legge, chiamando a far parte del consiglio di famiglia una persona che non avrebbe dovuto entrarvi, colla esclusione di quella che a norma della legge medesima sarebbe stata da preferirsi. Ben si intende, che siccome la nomina dei consulenti elettivi spetta esclusivamente, secondo l'art. 253 codice civile, al pretore; così il presidente del tribunale non potrebbe che annullare il decreto di quel magistrato, quando lo riconoscesse non conforme a ciò che dall'articolo predetto è disposto; ma rimarrebbe poi sempre al pretore di dover procedere ad una nuova nomina in conformità della legge.

(*b*) " In mancanza di parenti e di affini — dice il secondo paragrafo dell'articolo 253 — il pretore provve- " derà a norma dell'articolo 261 „.

Da ciò risulta un'altra limitazione, che è imposta dalla legge alla facoltà ch'essa attribuisce al pretore per la nomina dei consulenti elettivi. Quando vi siano prossimi parenti od affini del minore, il pretore deve scegliere tra questi i consulenti, *per quanto riconosca conveniente* all'in-

teresse del minore stesso; ma anche in mancanza di parenti ed affini, la scelta non è assolutamente libera, e il pretore deve cercare di preferenza i consulenti *tra le persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore del minorenne;* come risulta dalla combinazione dell'articolo 253, § 2, col 261 ivi richiamato.

Parlando di *mancanza di parenti e di affini*, nel predetto articolo 253, § 2, si è inteso evidentemente di comprendere non solo il caso in cui *non vi sia alcun parente od affine* del minore, ma quelli eziandio che i parenti od affini di lui siano *incapaci* di esercitare l'ufficio di consulente, o ne siano *esclusi* o *rimossi*, o *non siano in numero sufficiente*, o in fine il pretore *non reputi conveniente* all'interesse del minore il nominarli. Infatti ogni volta che, per una causa qualunque, sia da ricorrere a persone non parenti nè affini del minore, per affidar loro l'ufficio di consulente, vi è sempre la stessa ragione per preferire *coloro che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore;* poichè in essi si può ragionevolmente riporre maggior fiducia che s'interessino al bene del minore, ed è più probabile che ne conoscano intimamente gli affari.

Ma come dovrà provvedersi qualora non si trovino, od almeno non siano in numero sufficiente, le persone che abbiano avuto col genitore del minorenne relazioni abituali di amicizia?

Vi è chi ha insegnato che in tal caso il pretore “ deve “ scegliere a consulenti *due consiglieri comunali*, ovvero “ altre due persone che siano capaci „ (1). Ciò è quanto prendere assolutamente e completamente alla lettera il riferimento dell'art. 253 al 261. Bisogna però osservare che quest'ultimo articolo, riguardante la composizione del consiglio di tutela, comprende nel secondo suo paragrafo due distinte disposizioni, l'una pei minori nati fuori del matrimonio, la cui filiazione però sia stata legalmente

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 571, pag. 400.

riconosciuta, l'altra pei *figli di genitori ignoti;* ed è per questi ultimi che con una disposizione affatto eccezionale si riduce il numero dei consulenti a due soli, affidando al pretore di farne la scelta tra i consiglieri comunali od altre persone idonee. Ora è troppo evidente che parlando nell'art. 253 del *consiglio di famiglia*, e dicendo nel secondo paragrafo che “ in mancanza di parenti e di affini, il pre- “ tore provvederà a norma dell'articolo 261 „, non si può essere inteso di riferirsi a ciò che quest'ultimo articolo dispone eccezionalmente pei *figli di genitori ignoti*, ma solo a quello che stabilisce per coloro *la cui filiazione è stata legalmente riconosciuta o dichiarata*, tra i quali ed i figli nati in costanza di legittimo matrimonio vi è almeno qualche maggiore analogia. Nè invero si vedrebbe perchè la sola mancanza di parenti od affini del minore, avente uno stato legittimo, dovesse far luogo ad una eccezione simile a quella che è fatta pei figli di genitori ignoti, riducendo il numero dei consulenti da quattro a due. Il consiglio di famiglia si compone sempre e invariabilmente, secondo l'espressa disposizione dell'art. 251, di *quattro consulenti*, oltre al pretore presidente, ed al tutore e al protutore, o al curatore, membri necessari. — Se manchino i parenti e gli affini del minore, se non si trovino neppure in numero sufficiente persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore di lui, la necessità di costituire nondimeno il consiglio di famiglia nel suo numero normale indurrà a dover essere scelte dal pretore altre persone, ch'egli reputi idonee; ma non potrà essere ridotto a metà il numero dei consulenti, nè sarà tenuto il pretore a dar preferenza a consiglieri comunali; disposizioni queste affatto eccezionali e limitate al caso contemplato, in cui si tratti del consiglio di tutela da costituirsi per gl'illegittimi, la cui filiazione non sia stata riconosciuta nè dichiarata.

56. Vedremo più oltre che i diversi uffizi tutelari, quelli cioè di tutore, di protutore e di membro del con-

siglio di famiglia, hanno comuni tra loro le cause che formano ostacolo legale ad assumere quegli uffizi o continuarli, quelle cioè d'incapacità, di esclusione e di rimozione (art. 268, 269 cod. civ.). Non è così delle cause che fanno luogo a scusarsi dagli uffizi di tutela, le quali sono stabilite dalla legge soltanto *pel tutore e pel protutore* (art. 272-274 cod. civ.). Da questi uffizi si può inoltre chiedere dispensa al consiglio di famiglia; e questo può accordarla, anche senza che si verifichi alcuna speciale causa legale di scusa, qualora *reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore;* e la medesima regola vale eziandio rispetto all'uffizio di *curatore* (art. 276 cod. civ.). Ma tutto ciò non riguarda punto l'uffizio di consulente; pel quale la legge non ha stabilita alcuna causa speciale, che faccia luogo ad esserne scusato, ma in cambio con una disposizione generale ha data facoltà al pretore di poterne concedere dispensa a quelli che la domandino, qualora a suo prudente criterio riconosca abbastanza gravi i motivi della istanza. Così la dispensa dalla carica di consulente è resa manifestamente più facile in confronto degli altri uffizi tutelari; e di questa differenza è chiara la ragione, avvegnachè la minore gravezza dell'ufficio renda assai più agevole il sostituire a chi se ne voglia esimere altra persona idonea ad esercitarlo con utilità del minore.

L'articolo 254, che regola questo punto, è nei seguenti termini:

" Il pretore per ragione delle distanze o per altri gravi
" motivi avrà facoltà di dispensare dall'uffizio di consulente
" le persone che ne facciano domanda, surrogandone altre
" secondo le norme stabilite nei due articoli precedenti.

" Il pretore surrogherà pure colle stesse norme quei
" consulenti che nel corso della tutela cessino dall'uffizio ".

Dal confronto di queste due parti della disposizione parrebbe a primo aspetto che la facoltà data dalla legge al pretore avesse da limitarsi a dispensare chi lo domandi *dall'assumere l'ufficio di consulente;* poichè nell'uno e nel-

l'altro paragrafo si parla della surrogazione da farsi di nuovi consulenti ma nel primo soltanto si dice di quella che sia causata dalla dispensa che altri abbia ottenuta, mentre nel secondo, trattandosi della *surrogazione a quei consulenti che nel corso della tutela cessino dall'ufficio*, non si accenna menomamente che tale cessazione possa aver luogo per dispensa.

Tuttavia non è da esitare ad ammettere che la dispensa possa concedersi tanto al consulente che la domandi prima d'aver assunto l'uffizio, quanto a chi la chieda dopo averlo effettivamente esercitato, per esimersi dal continuarlo, se pure in appoggio della istanza siano addotti nell'uno e nell'altro caso motivi che il pretore riconosca abbastanza gravi. La massima contraria sarebbe in troppo evidente opposizione coll'interesse del tutelato; il quale interesse, come può talvolta giustificare che si conceda all'istanza del consulente per essere scusato dall'assumere l'ufficio, può anche per uguali ragioni consigliare la dispensa che sia chiesta dal continuare nelle medesime funzioni; tanto più quando le cause addotte in appoggio della domanda dipendano da fatti sopravvenuti nel corso della tutela. Nè questo, che è conforme allo scopo generale prefisso dalla legge a tutto l'ordinamento tutelare, è poi contraddetto dal testo dell'art. 254; il quale nel primo paragrafo parla generalmente della dispensa, che il pretore ha facoltà di concedere *dall'ufficio di consulente*, senza distinguere se si tratti di esimersi *dall'assumere* tale uffizio o *dal continuarlo*. E se parlando in quel primo paragrafo della surrogazione da farsi di nuovi consulenti si riferisce al solo caso in cui altri sia stato scusato *dall'assumere quelle funzioni*, mentre nel secondo paragrafo si accenna poi alla surrogazione dei *consulenti che nel corso della tutela cessino dall'ufficio* senza dire che questa cessazione possa avvenire anche per dispensa conceduta dal pretore; ciò per altro non significa qui esclusione di tale dispensa. Essa può esser chiesta ed ottenersi, secondo la generalità dei termini e secondo

lo spirito dell'art. 254, § 1, per esimersi tanto dall'assumere quanto dal continuare l'ufficio di consulente, se però vi siano gravi motivi per concederla. Nell'un caso e nell'altro si fa luogo necessariamente alla sostituzione d'un altro consulente a quello che è stato dispensato; e l'articolo 254 lo accenna, per avvertire che nella surrogazione debbono osservarsi le stesse norme stabilite nei due articoli precedenti: devesi, cioè, lasciar luogo prima di tutto ad un consulente di diritto, se vi sia, e seguendo l'ordine tracciato dall'art. 252; e in mancanza di consulenti di diritto, nominare un consulente elettivo colle regole prefisse dall'art. 253. Ciò è detto nel primo paragrafo dell'articolo 254, dove è parlato separatamente della surrogazione ad un consulente che sia stato *esentato dall'assumere l'ufficio*, perchè questo caso di dispensa è il solo in cui si faccia veramente luogo a *sostituire un consulente non ancora entrato in funzioni;* mentre s'egli fosse *incapace* od *escluso* — secondo gli articoli 268 e 269 — non si tratterebbe più di *surrogazione* d'un consulente ad un altro, ma di *nuova nomina ad un ufficio di cui niuno sarebbe mai stato legittimamente rivestito.* È ripetuto poi nel successivo paragrafo, contemplandovi la surrogazione ad un consulente che *per qualunque causa abbia cessato dall'ufficio nel corso della tutela*, perchè ciò può avvenire tanto per sopravvenuta incapacità o per rimozione del consulente, quanto per dispensa dal continuare nell'ufficio; e tutti questi casi sono egualmente compresi nella disposizione generale riguardante i *consulenti che nel corso della tutela cessino dall'ufficio.*

La stessa generalità della disposizione dell'art. 254, e la identità dei motivi sui quali è fondata, dimostrano eziandio l'applicabilità di essa tanto ai *consulenti di diritto* quanto agli *elettivi;* di guisa che i primi non meno dei secondi possono dal pretore essere dispensati per gravi cause o dall'assumere o dal continuare l'esercizio delle funzioni ad essi deferite.

La legge non ha definiti i motivi che possano giustificare la chiesta dispensa, nè sarebbe stato possibile il farlo, attesochè l'indole e l'importanza loro possano essere varie secondo le circostanze particolari di ciascun caso. Si è quindi limitata a stabilire che quei motivi debbano essere *gravi*, abbandonandone pel resto l'apprezzamento al potere discrezionale del pretore. Solo tra i gravi motivi adducibili si è indicata specialmente *la distanza* tra il luogo di residenza del consulente e quello in cui abbia sede il consiglio di famiglia, perchè essa può essere tale da rendere gravemente incommodo e dispendioso l'esercizio delle funzioni di consulente in tali circostanze, e da cagionare anche ritardi pregiudizievoli nell'amministrazione della tutela.

Nessun motivo però, per quanto gravissimo, potrebbe mai autorizzare il pretore ad esonerare d'ufficio un consulente che non ne avesse fatta istanza. Vi osterebbe quel carattere di permanenza, che vedemmo essere stato attribuito dalla nostra legge alla istituzione del consiglio di famiglia, e che dimostrammo comprendere tanto la invariabilità dei suoi membri, quanto la stabilità della sua sede (1). Quando il consiglio sia stato legalmente costituito, le persone che lo compongono rimangono immutabilmente in ufficio per tutto il corso della tutela, salvochè sopravvengano cause che le rendano incapaci a continuare nelle loro funzioni, o che diano luogo a rimozione, od esse medesime chiedano ed ottengano dal pretore la dispensa. Se fosse in facoltà del pretore di esonerare d'ufficio un consulente che non ne facesse domanda, ciò sarebbe in sostanza una *rimozione*, non fondata su alcuna delle cause tassativamente determinate nell'art. 269 cod. civ., e quindi inammissibile.

57. In uno dei numeri precedenti esponemmo qualche nozione generale intorno alla istituzione nel codice nostro

(1) V. sopra, n. 44, pag. 154, 155.

del *consiglio di tutela*. Vedemmo com'essa sia sussidiaria a quella del *consiglio di famiglia;* come abbia luogo nell'interesse delle persone nate fuori di matrimonio qualora siano soggette alla tutela ordinaria, non alla tutela legale dei genitori; come siano comuni al consiglio di tutela tutte generalmente le disposizioni riguardanti i consigli di famiglia, eccetto ciò che concerne le persone di cui il consiglio debba comporsi; del quale argomento ci riserbammo di occuparci particolarmente in questo luogo (1).

È da osservare, innanzi tutto, che tra le regole comuni tanto al consiglio di famiglia quanto a quello di tutela sono veramente da annoverarsi anche quelle relative alla composizione del consiglio stesso, in quanto non riguardino esclusivamente le *persone dei consulenti*. Così non vi ha dubbio che anche al consiglio di tutela debbonsi applicare le massime stabilite dall'art. 251, che debba farne parte in qualità di presidente il pretore, al quale spetti di convocarlo, e che debbano pure farne parte, come membri necessari, *il tutore, il protutore, e pel minore emancipato il curatore*. Ma per ciò che riguarda la composizione del consiglio di tutela quanto alle persone dei consulenti — il che appunto costituisce la differenza tra questo e il consiglio di famiglia — è necessario distinguere tre casi diversi:

1° che il minore proceda da filiazione naturale, ma *legalmente riconosciuta o dichiarata;*

2° che il minore sia *figlio di genitori ignoti*, o nato di adulterio o di incesto;

3° che il minore sia ricoverato in un pubblico ospizio.

E poichè ci proponemmo di trattare a parte di questo ultimo caso, per esporre con qualche maggiore ampiezza le principali norme che regolano l'esercizio della tutela rispetto ai ricoverati in un pubblico ospizio; ci limiteremo dunque per ora soltanto a parlare della composizione del consiglio di tutela, in riguardo ai figli naturali legalmente

(1) V. sopra, n. 47, pag. 175-178.

riconosciuti o dichiarati, ed a quelli la cui filiazione proceda da genitori ignoti, oppure sia adulterina od incestuosa.

58. “ Se la filiazione è legalmente riconosciuta o “ dichiarata, il consiglio si compone del pretore e di “ quattro persone da lui scelte tra quelle che abbiano „ avuto relazioni abituali di amicizia col genitore „.

Così dispone nella prima sua parte il secondo paragrafo dell'art. 261.

Trattandosi di *figli naturali legalmente riconosciuti*, nessuna modificazione è dunque fatta quanto al numero dei consulenti, che è lo stesso come nel consiglio di famiglia. Ma poichè quei figli naturali non hanno alcun rapporto civile colla famiglia legittima del genitore da cui sono riconosciuti, non è possibile che vi siano *consulenti di diritto* (confr. art. 252 cod. civ.); nè che la nomina dei *consulenti elettivi* si faccia dal pretore colle norme stabilite dal primo paragrafo dell'art. 253. È perciò che ai parenti o agli affini, che civilmente non vi sono pel minore procedente da filiazione naturale, sono sostituite *le persone che abbiano avute relazioni abituali d'amicizia col genitore*, tra le quali il pretore deve scegliere i quattro consulenti.

Nessuna difficoltà può esservi quando il figlio naturale sia stato riconosciuto dal solo padre o dalla sola madre, o sia la paternità o la maternità soltanto che sia stata dichiarata giudizialmente, chè allora sarà tra gli amici di quel genitore che dovrà farsi la scelta dei consulenti.

Ma se il riconoscimento sia stato fatto da ambidue i genitori, o sia stata dichiarata giudizialmente tanto la paternità quanto la maternità, i consulenti dovranno essere eletti tra quelle persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia con *quello dei genitori, la cessazione della cui tutela legale abbia dato luogo a costituirsi il consiglio di tutela*. Tale è infatti il senso più ovvio della espressione usata dalla legge: *relazioni abituali di amicizia col genitore*. — D'altronde a tale interpretazione conforta anche lo spi-

rito della legge, la quale nel limitare la scelta dei consulenti ha avuto certamente in considerazione, non solo il presumibile affetto verso i figli per parte di chi ebbe consuetudine di amicizia col genitore, ma anche la probabile conoscenza dello stato degli affari della persona colla quale si ebbero rapporti d'intimità, ciò che deve rendere naturalmente più efficace ed utile al minore l'ufficio del consulente, in particolare quando la relazione di amicizia sia stata coll'ultimo sopravvissuto dei genitori che ebbe la tutela legale dei figli, potendo ciò aver dato facilmente occasione di conoscere lo stato ultimo degli affari da regolarsi nell'interesse del minore.

Accadendo che il pretore non trovi tra gli amici del genitore persone capaci di assumere l'ufficio di consulente, dovrà eleggere altre persone idonee; nè però si ricorrerà al provvedimento ordinato nell'ultima parte dello stesso paragrafo secondo dell'art. 261; poichè — come vedremo nel numero seguente — quel provvedimento, d'indole affatto eccezionale, è riservato pel solo caso che si tratti di minori la cui filiazione illegittima non sia stata riconosciuta legalmente, nè giudizialmente dichiarata.

59. " In caso diverso il consiglio di tutela si com- " pone del pretore, di due consiglieri comunali o di due " altre persone scelte dal pretore stesso „. Così dice nell'ultima sua parte il già citato paragrafo secondo dell'articolo 261.

Quelle parole: *in caso diverso* non significano altro se non che il minore proceda da filiazione illegittima non riconosciuta legalmente nè dichiarata giudizialmente; poichè si contrappongono, com'è evidente, al caso figurato nella parte precedente della medesima disposizione, al caso, cioè, che *la filiazione sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata*. Altri ha creduto di dover dare a quelle parole un diverso significato, interpretandolo come se fosse detto così: *in mancanza di persone che abbiano avuto relazioni abi-*

tuali di amicizia col genitore. Ma oltrechè in tal modo la espressione usata dalla legge si fa deviare dal senso più naturale, questa interpretazione ha poi anche il torto di supporre una disposizione legislativa irrazionale, non apparendo motivo alcuno per giustificare che l'accidentalità di non trovare persone idonee all'ufficio di consulente, tra quelle che avessero avuto relazioni abituali d'amicizia col genitore del figlio naturale legalmente riconosciuto, dovesse produrre la conseguenza di limitare a due soli il numero dei consulenti, che normalmente dovrebbero esser quattro.

Intesa dunque la disposizione predetta in questo senso, che solo nel caso di filiazione illegittima non riconosciuta legalmente nè giudizialmente dichiarata, si faccia luogo a comporre il consiglio di tutela del pretore, di due consiglieri comunali o di due altre persone scelte dal pretore stesso, è chiaro però che quella ipotesi così generalmente definita può comprenderne a sua volta particolarmente altre due; che si tratti d'un figlio di genitori ignoti, o di uno la cui filiazione non possa essere legalmente riconosciuta, nè formare oggetto d'indagine giudiziale, a norma degli art. 180 e 193 cod. civile. In quest'ultimo caso però, potendo pure avvenire per la filiazione adulterina o incestuosa che la paternità o maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, ovvero risulti direttamente da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori, o indirettamente da sentenza civile o penale — come è previsto nel citato art. 193 — potrebbe sorgere il dubbio se allora almeno il consiglio di tutela dovesse comporsi di quattro consulenti scelti tra le persone che ebbero relazioni abituali di amicizia col genitore, piuttostochè di due soli consulenti scelti tra i consiglieri comunali o tra persone estranee. Le ragioni che si potrebbero addurre per risolvere la questione in senso affermativo furono egregiamente esposte da un autore, il quale, pur riconoscendone l'importanza, ha finito per ritenere che pei figli adulterini o incestuosi, non meno che per quelli di genitori ignoti, sia

l'ultima e non la prima parte del disposto nel secondo paragrafo dell'art. 261 che debba applicarsi; epperò il consiglio di tutela debba comporsi, oltre al pretore, non di quattro consulenti scelti fra le persone che ebbero abituali relazioni di amicizia col genitore, ma di due soli consiglieri comunali o di due altre persone scelte dal pretore stesso (1).

Per parte nostra pensiamo che il dubbio in proposito sia anche meno grave di quanto a primo aspetto possa apparire; o si guardi alle parole in cui è esposta l'ultima parte del predetto paragrafo secondo dell'art. 261, che prescrive doversi il consiglio comporre del pretore, di due consiglieri comunali o di due altre persone scelte dal pretore stesso, *in qualunque caso in cui il minore nato fuori di matrimonio non proceda da una filiazione legalmente riconosciuta o dichiarata;* o si consideri che quantunque consti per uno dei mezzi indicati nell'art. 193 la paternità o maternità adulterina o incestuosa, essa però non può mai avere, secondo l'articolo stesso, altro effetto legale che di attribuire al figlio l'azione contro il genitore per ottenere gli alimenti. Per ogni altro rapporto il figlio adulterino o incestuoso, comunque la paternità o maternità sia accertata, deve dunque essere parificato completamente al *figlio di genitori ignoti;* epperò per questo come per quello debbono anche osservarsi identiche norme quanto alla composizione del consiglio di tutela.

In questa composizione — come ripetutamente notammo — è ridotto a metà il numero normale dei consulenti. E forse non è senza ragione la critica che qualche commentatore ha fatto, osservando che qui dove trattasi di organizzare un sistema di protezione legale a favore d'un incapace, non è giusto *che il grado della protezione si misuri dalla nascita, come si misuravano una volta i privilegi* (2).

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 261, vol. I, § 584, pag. 926.
(2) V. Borsari, l. c.

È escluso anche qui, per ragioni identiche, se non maggiori di quelle che già adducemmo rispetto ai minori la cui filiazione naturale sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata, che possano esservi *consulenti di diritto*. I due consulenti, che unitamente al pretore debbono formare il consiglio di tutela, non possono essere che *elettivi;* e la nomina ne appartiene, come di regola, al pretore. Il quale ha facoltà libera nello sceglierli; sebbene la legge gli additi più specialmente i *consiglieri comunali*, come quelli tra cui può farsi più opportunamente l'elezione. Ma ciò non importa, a senso di legge, una preferenza obbligatoria rispetto ai consiglieri del Comune, sicchè solo in sussidio possa il pretore eleggere altre persone. Ciò infatti risulta chiaro dal confronto dei due progetti, ministeriale e senatorio, dall'ultimo dei quali fu in questa parte riprodotto esattamente nell'art. 261 del codice attuale l'art. 274 di quel progetto. L'art. 230 del progetto ministeriale diceva: “ In caso diverso il consiglio di tutela si compone del giu- “ dice e di due consiglieri comunali scelti dal giudice stesso „. L'art. 274 del progetto senatorio si esprimeva così: “ In “ caso diverso il consiglio di tutela si compone del giudice, “ di due consiglieri comunali o di due altre persone probe “ scelte dal giudice stesso „.

E di questa variazione fu addotto il seguente motivo: “ Per non dare soverchio disturbo ai consiglieri comunali, “ che nelle città popolose, dove per la maggior copia di “ nascite illegittime occorre di costituire tali consigli, non “ potrebbero sempre bastare al bisogno, si è permesso al “ giudice di sceglierne i membri anche fra altre persone “ probe.

“ Importa che questi consigli siano pure permanenti, “ lo che si otterrebbe difficilmente componendoli di soli “ consiglieri comunali „.

60. Precisare il momento nel quale il consiglio di famiglia o di tutela debba reputarsi legalmente costituito,

è cosa di non lieve importanza. È infatti da quel momento che cominciano realmente le funzioni del consiglio stesso; parte da quella data la responsabilità delle persone di cui il consiglio è composto; allora soltanto prende vigore la permanenza stabilita dalla nostra legge come caratteristica di questa istituzione, e la conseguente invariabilità de' suoi membri, cosicchè il decreto con cui il pretore avesse nominati i consulenti, non gli impedirebbe di ritornare sulle determinazioni prese, qualora le riconoscesse non conformi alla legge o non convenienti all'interesse del tutelato e revocare quelle nomine e procedere ad altre elezioni, finchè il consiglio non fosse legalmente e definitivamente costituito. Infine è da quell'istante che è aperta l'azione per impugnare nei modi di legge la formazione d'un consiglio non competente o non regolare nella sua costituzione. Era un punto che lasciava luogo a dubbiezze in diritto francese, se la formazione del consiglio di famiglia potesse essere impugnata tostochè il giudice l'avesse decretata, o solamente quando quel consiglio avesse emanato qualche deliberazione, ed attaccando questa (1). Nel codice nostro si è trovato modo per soddisfare al bisogno di determinare il momento nel quale il consiglio avesse a reputarsi legalmente costituito, e insieme risolvere la difficoltà che abbiamo da ultimo accennata; collo stabilire nel primo paragrafo dell'art. 256, che “ nel processo verbale della “ prima adunanza del consiglio di famiglia (e lo stesso “ deve ripetersi, a norma dell'art. 261, § 3, pel consiglio “ di tutela) si enuncieranno i fatti da cui ciascuno dei suoi “ membri ripete la propria qualità, e *si dichiarerà se sia* “ *regolarmente costituito* „.

È chiaro pertanto che la formazione del consiglio non si reputa legalmente stabilita nè per la sola qualità dei consulenti di diritto, nè pel solo atto con cui il pretore abbia nominato i consulenti elettivi. Si vuole una delibe-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 276; Laurent, t. IV, n. 446.

razione del consiglio stesso, che riconosca sulla base dei fatti da cui ciascuno de' suoi membri ripete la propria qualità e formalmente dichiari d'essere regolarmente costituito. È questa dichiarazione soltanto che pone in essere legalmente la costituzione del consiglio; e se fosse altrimenti quella formale dichiarazione, che la legge esige, non avrebbe più alcuno scopo. Così è certo che solamente da quella prima adunanza, nella quale la predetta dichiarazione sia stata pronunciata, il consiglio entra legalmente in funzione; d'allora soltanto comincia la responsabilità individuale, di cui parleremo più tardi, dei membri componenti il consiglio stesso; prima di quel momento è in facoltà del pretore di revocare l'atto di giurisdizione volontaria da lui compiuto nominando i consulenti elettivi, ed è solo dopo ciò che la formazione del consiglio diventa invariabile nei membri che lo compongono, finchè alcuno di essi non venga a cessare per morte, per incapacità sopraggiunta, per rimozione o per dispensa chiesta ed ottenuta. E d'altra parte la costituzione legale del consiglio avendo luogo in virtù di una sua deliberazione, cessa pure ogni difficoltà, rispetto al potersene impugnare la formazione per causa d'incompetenza o d'irregolarità; poichè non si scende a combattere la costituzione del consiglio senza attaccare nel medesimo tempo una deliberazione di esso.

61. “ Nei consigli di famiglia o di tutela, il ministero “ del pretore o di qualunque altro uffiziale è gratuito, come “ quello dei membri che li compongono „ (art. 263 cod. civile).

“ Con questa disposizione — dicevasi nella relazione “ ministeriale — si è dichiarato gratuito nel consiglio di “ famiglia non solamente l'uffizio dei membri di esso, ma “ ben anche il ministero del giudice e di qualunque altro “ uffiziale, compresovi naturalmente il cancelliere.

“ Questi provvedimenti, uniti al benefizio dei poveri, “ che può essere conceduto anche nelle materie di giuris-

" dizione volontaria per sottrarre gli atti dall'applicazione " delle tasse giudiziarie e di bollo, sembrano raggiungere " lo scopo di garantire i minori i quali hanno una scarsa " fortuna. Sarebbe stato ingiusto abbandonarli alla even- " tualità della buona o mala fede dei congiunti, come se " la tenuità delle loro sostanze esimesse la legge dalle " cure che si adoperano per la conservazione delle ricche " fortune „ (1).

Ben s'intende però che se l'ufficio di consulente è gratuito, non dev'esser pecuniariamente oneroso. E qualunque spesa accadesse al consulente di dover incontrare per causa dell'esercizio delle sue funzioni, gli sarebbe rimborsabile a carico dell'amministrazione tutelare. Così sembra doversi ritenere anche quanto alle spese di trasferimento e permanenza nella sede del consiglio, che fosse lontana dal luogo di residenza del consulente; limitatamente, non v'ha dubbio, a quelle spese delle quali fosse dimostrata la necessità per l'intervento personale del consulente nelle adunanze a cui fosse convocato il consiglio.

§ II. — *Delle convocazioni e deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela.*

Sommario. — 62. Mezzi stabiliti dalla legge affinchè giunga notizia dell'apertura della tutela al pretore. — 63. Obblighi del pretore allorchè conosca l'apertura della tutela. Provvedimenti immediati che il consiglio di famiglia deve dare. — 64. Convocazioni del consiglio di famiglia nel corso della tutela. Persone che possono promuoverle. — 65. Come debba farsi la convocazione. — 66. Obbligo dei consulenti d'intervenire personalmente. — 67. Penalità pei consulenti che manchino alle convocazioni. Provvedimenti pel caso di mancanza abituale. — 68. Deliberazioni dalle quali qualche consulente può essere obbligato di astenersi. — 69. Diritto del minore, che abbia compiuti i 16 anni, di assistere alle sedute del consiglio. — 70. Condizioni necessarie per la legalità delle adunanze. — 71. Condizioni necessarie per la validità delle deliberazioni del consiglio. — 72. Processi verbali delle adunanze.

62. È d'interesse del minore che il consiglio di famiglia — che è parte essenziale dell'organismo della tutela,

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 26.

e da cui devono provenire i primi provvedimenti necessari, e la nomina stessa del tutore, se non ve ne sia uno testamentario o legittimo — incominci le sue funzioni il più tosto che sia possibile appena la tutela sia aperta. E poichè spetta al pretore di formare, convocare e presiedere il consiglio predetto, la legge si è quindi opportunamente occupata di ordinare i mezzi più efficaci acciocchè l'apertura della tutela sia conosciuta entro il più breve termine dal pretore. Provvedono a ciò le disposizioni dei due primi paragrafi dell'art. 250.

" L'ufficiale dello stato civile, che riceve la dichiarazione " di morte di una persona che abbia lasciato figli in minore " età, o davanti il quale una vedova abbia contratto matri- " monio, deve informarne prontamente il pretore „.

" Il tutore nominato dal genitore, il tutore legittimo e " quei parenti che per legge sono membri del consiglio di " famiglia debbono, sotto pena dei danni in solido, denun- " ziare al pretore il fatto che dà luogo alla tutela „. Relativamente all'ufficiale dello stato civile uguali disposizioni sono ripetute negli art. 101 e 113 del regio decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile.

Ciò che è detto nel primo dei due paragrafi sopra riferiti, circa *la dichiarazione di morte di una persona che abbia lasciato figli in minore età*, non è perfettamente completo. Lo scopo espresso dell'informazione, che l'ufficiale dello stato civile deve dare al pretore, è di fargli conoscere *il fatto che dà luogo alla tutela*. Ora l'essere *morta una persona lasciando figli in minore età* non fa aprire la tutela se sia superstite l'altro genitore legittimo di quei figli (art. 220, § ultimo, cod. civ.). È dunque solamente quando sia dichiarata la morte di una persona che *lasci figli in minore età, i quali cadano in istato di tutela*, che l'ufficiale dello stato civile deve informare prontamente il pretore.

Un'altra imperfezione può pure notarsi nella parte di quella disposizione che concerne il *matrimonio contratto da una vedova*, poichè è solo quando costei abbia *figli minori*

nati dal precedente matrimonio che, secondo i motivi della legge, è necessaria la denunzia al pretore. Nè questa necessità concerne allora veramente la tutela, la quale non si apre pel passaggio della madre superstite a nuove nozze(1). Ma poichè se essa abbia contratto il nuovo matrimonio senza prima aver fatto convocare il consiglio di famiglia, pei fini di cui all'art. 237 cod. civ., ha *perduta di diritto la amministrazione*, ed è necessario che si convochi il consiglio di famiglia per deliberare *sulle condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli e sulla nomina d'un curatore ai loro beni* (art. 238 cod. civ.), si comprende quindi facilmente il motivo pel quale è fatto obbligo all'ufficiale dello stato civile d'informare prontamente della celebrazione di questo matrimonio il pretore.

Il tutore testamentario o legittimo, e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia, hanno pure l'obbligo di denunziare al pretore il fatto che dà luogo alla tutela.

Trattandosi d'una obbligazione che ha per solo fondamento il diritto positivo, è chiaro ch'essa non può esistere, colle gravissime conseguenze che ne derivano, se non in virtù d'una espressa disposizione di legge; e che perciò la enumerazione contenuta nell'art. 250 delle persone tenute a tale denunzia non può considerarsi altrimenti che come *tassativa*, nè sarebbe estendibile ad altri, non ostante l'identità di motivi che potesse per essi allegarsi. Della qual massima è facile scorgere subito un'applicazione; inquantochè il testo mentre parla del *tutore nominato dal genitore*, tace affatto del *protutore*, che pure può essere stato nominato dal genitore stesso, secondo la facoltà concedutagli dall'art. 264. È certo che gli stessi motivi, pei quali è stato imposto *ai parenti, che per legge sono membri del consiglio di famiglia*, di denunziare al pretore il fatto che dà luogo alla tutela, vi sarebbero ugualmente pel protutore; tanto più che egli pure è per legge membro necessario del con-

(1) V. vol. VII, n. 319, pag. 906 e seguenti.

siglio di famiglia, a norma dell'art. 251, § 2. Nondimeno crediamo non potersi estendere quell'obbligo al protutore, perchè il testo vi assoggetta soltanto *i parenti* che sono *consulenti di diritto* secondo l'art. 252. È vero che un altro articolo — il 266, § 2 — ingiunge al pretore l'obbligo di *promuovere la nomina del tutore;* ma ciò è pel caso in cui si tratti di tutela già in corso, che *rimanga vacante* o sia *abbandonata*, mentre l'onere di provocare i provvedimenti necessari all'aprirsi della tutela, denunziando al pretore i fatti che vi dànno luogo, è imposto dall'art. 250, § 2, a tutt'altre persone.

Il testo medesimo, colla formola generale che ha usata — *quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia* — ha lasciato luogo ad un'altra difficoltà più grave. Se fra tutte le persone, che a norma dell'art. 252 possono avere qualità di consulenti di diritto, non si superi il numero dei quattro consulenti voluti dall'art. 251, n. 1, non vi può essere dubbio. Tutti quei parenti avranno l'obbligazione di denunziare al pretore l'apertura della tutela, e non facendolo saranno responsabili dei danni in solido. Ma può darsi che le persone, aventi qualità per essere consulenti di diritto, siano più del numero prescritto per comporre il consiglio; può darsi che siano più in complesso, tra ascendenti, fratelli germani e zii, od anche siano più in una sola delle categorie contemplate dall'art. 252; per esempio, sei fratelli germani, o cinque zii. Saranno allora tenuti a denunziare l'apertura della tutela al pretore, e responsabili in solido della mancanza, tutti questi parenti — perchè *per legge possono essere membri del consiglio di famiglia* — o quattro soli di essi e quali? È stata sostenuta la prima di queste massime, dicendo che “ *ognuno* “ *dei parenti di quei gradi, che ha qualità di eleggibile, deve* “ *prestarsi a questo dovere, e la solidarietà delle conseguenze* “ *non è ingiustizia* „ (1). Nè si può negare che questa opi-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 250, vol. I, § 573, pag. 903.

nione si presenta a primo aspetto come giusta; attesochè si tratti di un obbligo da adempiere prima che il consiglio di famiglia sia costituito, ond'è naturale il pensare che sia da considerarsi unicamente la qualità che rende la persona capace dell'ufficio di cui non è ancora effettivamente rivestita; e d'altra parte si pena a comprendere come tra più persone aventi quell'identica qualità sia possibile determinare sovra alcune di esse piuttostochè sovra le altre l'obbligo della denunzia e la responsabilità del non averlo adempito. In vero non potrebb'esservi nulla a ridire, se la legge non facesse altro che determinare quali persone *possano essere consulenti di diritto*, lasciando poi che tra esse eleggesse il pretore i quattro consulenti. Un obbligo che per natura sua dovrebbe essere necessariamente seguìto prima che l'elezione venisse fatta, non potrebbe incombere che a tutte quelle persone ugualmente. Ma, come abbiamo veduto, il sistema della nostra legge è ben diverso. L'articolo 252 non si limita a stabilire quali possano essere i consulenti di diritto, ma determina quelli che effettivamente lo sono, chiamandoli in un ordine fondato in primo luogo sulla classe della parentela, in secondo luogo sulla prossimità del grado, in terzo luogo sulla anzianità. Dice il *Borsari* che " si è membri del consiglio *genericamente* " *e per diritto*; o *nominalmente ed in atto* „. Ma questa distinzione non è vera. I *consulenti di diritto* non sono nè possono esser tali *potenzialmente* soltanto, ma lo sono *attualmente*; perchè la legge ha cura di determinare quali fra i parenti da essa indicati siano rivestiti effettivamente, fin dal tempo dell'apertura della tutela, dell'ufficio di consulenti. Così se vi fossero cinque ascendenti maschi del minore, uno dei quali di grado più remoto, i quattro più prossimi soltanto sarebbero consulenti di diritto. Se vi fossero quattro fratelli germani, ed inoltre degli zii, i soli fratelli sarebbero consulenti di diritto. Se vi fossero cinque fratelli, o cinque zii, non sarebbero consulenti di diritto che i quattro più anziani. È perciò che nell'art. 250 si è

potuto imporre l'obbligo di denunziare al pretore l'apertura della tutela a carico *di quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia;* perchè qualunque sia il numero degli ascendenti maschi, dei fratelli germani e degli zii che il minore abbia, sono sempre determinati per legge — in virtù dell'ordine in cui quei parenti sono chiamati dall'art. 252 — i quattro che fin dal momento della apertura della tutela sono effettivamente rivestiti della qualità di consulenti di diritto.

All'obbligo imposto dalla legge a cotesti consulenti ed al tutore testamentario o legittimo, segue la sanzione, e gravissima: — *sotto pena di danni in solido* — dice l'articolo 250, § 2. Nota giustamente il *Borsari* che questi danni possono, secondo le circostanze, essere rilevantissimi, divenire anche enormi; e ne conclude che questa, che egli considera come una *pena civile* imposta dall'art. 250, *abbia in sè stessa qualche cosa, se non d'incongrua, almeno di difficile attuazione* (1). Non vorremmo per certo negare le difficoltà che possono incontrarsi nel valutare il risarcimento dei danni, a cui possa avere diritto il minore verso le persone che dovevano denunziare al pretore l'apertura della tutela e non lo fecero. Diremo però non sembrarci che l'obbligazione di tale risarcimento meriti d'essere qualificata come una *pena* imposta dalla legge. Le obbligazioni possono derivare dalla legge stessa come da un contratto, da un quasi-contratto, da un delitto o da un quasi-delitto (art. 1097 cod. civ.); ed è la legge appunto che impone al tutore testamentario o legittimo ed ai consulenti di diritto l'obbligazione di denunziare al pretore l'apertura della tutela. Ora questa obbligazione civile, consistente nel fare, deve risolversi, in caso d'inadempimento, nel risarcimento dei danni, secondo la regola generale dell'art. 1218 codice civile. L'art. 250 non statuisce dunque una speciale penalità, ma semplicemente fa applicazione d'un principio gene-

(1) V. Borsari, l. c.

rale, quando dice che il tutore testamentario o legittimo ed i consulenti di diritto, qualora abbiano omessa la denunzia, per essi obbligatoria, dell'apertura della tutela, sono tenuti al *risarcimento dei danni*. Dove vi ha veramente una regola di diritto positivo esorbitante dai principii generali, è nella *solidarietà* di tale obbligazione di risarcimento, pronunciata dal predetto art. 250, § 2, tra il tutore ed i consulenti. L'obbligazione di denunziare al pretore l'apertura della tutela è veramente per natura sua *indivisibile*, poichè *ha per oggetto un fatto non capace di divisione*. Ma quando essa si traduce nell'altra obbligazione del risarcimento dei danni, questa è certamente divisibile; e starebbe quindi a carico di ciascuna delle persone congiuntamente obbligate, per la quota rispettiva, se la legge non avesse dichiarato espressamente che esse sono tenute *in solido* (art. 1188, § 2, cod. civ.). E l'art. 250, § 2, ha fatto questa espressa dichiarazione nell'interesse del minore e per una giusta protezione verso di lui.

Queste osservazioni non hanno uno scopo meramente dottrinale, ma potrebbero anche avere qualche influenza nella risoluzione di un dubbio, a cui la disposizione dell'art. 250 lascia luogo, e che fu rilevato pure dal *Borsari*. È solo nel § 2 di quell'articolo che si parla dell'obbligazione di risarcire i danni, e della solidarietà di essa *tra il tutore testamentario o legittimo e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia*. Non è espresso altrettanto nel primo paragrafo, che impone all'ufficiale dello stato civile l'obbligo d'*informare prontamente il pretore* quando gli sia dichiarata la morte di una persona che lasci figli minori i quali cadano sotto tutela o quando una vedova, che abbia figli minori, abbia contratto nuovo matrimonio. L'ufficiale dello stato civile, che lasci inadempiuto quest'obbligo suo, sarà dunque o non sarà tenuto del risarcimento dei danni? Ne sarà tenuto solidalmente o no col tutore testamentario o legittimo e coi consulenti di diritto?

Quanto alla solidarietà non può esservi serio dubbio; essa non può esistere, per ciò solo che la legge, da cui l'obbligazione deriva, non lo dichiara espressamente (detto art. 1188, § 2, cod. civ.).

Quanto all'*obbligazione semplicemente congiunta* di risarcire il danno, l'autore che abbiamo citato trova pure un modo facile di escluderla, poichè considera tale obbligazione come una *pena civile* imposta dalla legge; e le pene non possono estendersi fuori dei casi dalla legge espressi.

“ L'ufficiale dello stato civile — chiede l'autore — non “ è colpito egli pure *da pena?* Non pare. La legge non la “ pronuncia a carico suo, e basta. Ci sarà stata la sua “ ragione. La sua qualità, il grave ufficio che sostiene, è “ una garanzia morale. Le sue cognizioni famigliari non “ sono così intime, non potendo riceverle che da altri „.

A noi però parve chiaro non trattarsi di *pena* ma di semplice applicazione del principio che chiunque ha una obbligazione civile, e non l'adempie, è tenuto al risarcimento dei danni. Nè ci persuaderebbero maggiormente le altre considerazioni ora riferite. La qualità dell'ufficiale di stato civile, la garanzia morale ch'essa offre, la gravezza delle sue funzioni, tolgono forse ch'egli abbia trasgredita la legge non informando il pretore dei fatti che davano luogo a provvedimenti da prendersi nell'interesse dei minori? Scemano forse i danni derivati da tale omissione? Giustificano il negare a chi li ha sofferti il diritto di chiederne il risarcimento? E che importa che l'ufficiale dello stato civile non abbia cognizioni intime dello stato delle famiglie, quando non si tratta d'altro che d'avere omesso di denunciare al pretore ciò che risultava dagli atti ricevuti da quell'ufficiale stesso?

Tuttavia qualche altra considerazione ci farebbe propendere ad accettare l'opinione del lodato autore. L'articolo 250 accenna in due distinti paragrafi alle persone che sono tenute alla denuncia d'identici fatti; e nel secondo paragrafo soltanto parla del risarcimento dei danni dovuto

dal tutore testamentario o legittimo e dai consulenti di diritto, se lascino inadempito quell'obbligo. Da ciò può argomentarsi l'intenzione del legislatore di non ritenere uguale obbligazione di risarcimento dei danni a carico dell'ufficiale di stato civile, di cui si parla nel primo paragrafo. E la differenza può forse spiegarsi con questo riflesso: che l'obbligo dell'ufficiale di stato civile, d'informare il pretore dei fatti risultanti dagli atti da lui ricevuti, sia stato considerato come un semplice dovere inerente alle funzioni pubbliche ch'egli esercita, e non come un'obbligazione civile ordinaria verso il minore, qual'è quella che incombe al tutore e ai consulenti, di denunziare i fatti ad essi personalmente noti che dànno luogo alla tutela. È da osservare inoltre che dall'altra interpretazione deriverebbe che per una stessa obbligazione, imposta per legge a più persone contemporaneamente, alcune di queste fossero tenute solidalmente per le conseguenze giuridiche di tale obbligazione, mentre un'altra ne sarebbe tenuta solo per la propria parte; il che costituirebbe una anomalia singolare in materia di obbligazioni dichiarate solidali dalla legge.

63. Avuta la notizia dell'apertura della tutela, col mezzo delle persone alle quali, come vedemmo, incombe per legge l'obbligo di denunziare il fatto che vi dà luogo, " il pretore — così è disposto nel terzo paragrafo dell'ar- " ticolo 250 — assunte all'uopo le opportune informazioni, " convocherà nel più breve termine il consiglio di famiglia " per dare i provvedimenti che occorrono nell'interesse dei " minori „. Deve assumere informazioni, quando ne abbisogni, al fine di accertare se e quali persone vi siano che abbiano *di diritto*, secondo l'art. 252, la qualità di consulenti, ed in caso diverso se vi siano prossimi parenti od affini, o in loro mancanza persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore del minore. Fatte quindi, se occorra, le nomine opportune, deve poi il pre-

tore *convocare nel più breve termine il consiglio di famiglia*, per dare i primi provvedimenti che tosto sono necessari nell'interesse del minore: quali sono la nomina del tutore, se sia caso di tutela dativa (art. 245 cod. civ.); la nomina del protutore, se non ve ne sia uno nominato dall'ultimo sopravvissuto dei genitori (art. 264 cod. civ.); la concessione della facoltà, che giustamente sia chiesta dal tutore, di fare l'inventario in forma privata, o altrimenti la nomina del notaio che abbia a ricevere l'inventario, se tale nomina non sia già stata fatta dal genitore (art. 282 cod. civ.); il determinare se e come si debba procedere alla stima dei mobili ed alla descrizione dello stato degli immobili (articolo 283, § 2, cod. civ.); lo stabilire intorno alla cauzione che il tutore debba prestare, o dispensarnelo, secondo i casi (art. 292 cod. civ.), ecc.

Sì per la denunzia dell'apertura della tutela — di cui hanno obbligo, come vedemmo nel numero precedente, il tutore testamentario o legittimo ed i consulenti di diritto — che per la convocazione del consiglio di famiglia, la quale deve farsi dal pretore quale presidente del consiglio medesimo, non è prescritto alcun termine fisso; perchè la necessità o la convenienza del più o del meno dipende naturalmente dalle circostanze particolari di ciascun caso. Solo è detto che tutto ciò debba farsi *prontamente*, *nel più breve termine;* il che significa che nei casi particolari spetterebbe all'autorità giudiziaria competente il decidere, qualora avvenisse contestazione, e prendendo norma dalle circostanze, se o no vi fosse stata nel ritardo una negligenza imputabile alle persone a cui la legge imponeva quegli obblighi, e se perciò fossero esse tenute, o no, al risarcimento dei danni che ne fossero provenuti al minore.

64. “ Nel corso della tutela il pretore deve convocare
“ il consiglio di famiglia quando gliene facciano istanza il
“ tutore, o il protutore, o il curatore, o due consulenti, o
“ gli aventi un interesse legittimo.

“ Può eziandio convocarlo d'ufficio.

“ La convocazione potrà anche essere ordinata dal pro-
“ curatore del re (art. 257 cod. civ.) „.

Può dunque il pretore convocare d'ufficio il consiglio di famiglia ogni volta che ne sorga il bisogno o l'opportunità per l'interesse del minore. È questa una iniziativa che doveva naturalmente appartenere al funzionario a cui la legge affida la presidenza del consiglio, all'autorità specialmente incaricata d'invigilare sugli interessi del minore. Ben s'intende che ciò che il pretore può fare di proprio moto, può farlo parimente in seguito ad istanza altrui, od alla denunzia che taluno gli presenti dei fatti che rendano necessaria od opportuna nell'interesse del minore la convocazione del consiglio di famiglia. Ma spetta a lui, generalmente, l'apprezzare quei motivi di necessità o convenienza; di modo che, se reputi che non sia da far caso dell'istanza o della denunzia che gli sia portata, può anche trascurarla. Questa, dicemmo, è la regola generale; ma la legge vi ha fatte alcune eccezioni, rendendo talora *necessaria* la convocazione del consiglio di famiglia. Vedemmo infatti dal primo paragrafo del riferito art. 257, che il pretore *deve convocare* il consiglio di famiglia quando gliene facciano istanza il tutore, o il protutore, o il curatore, o due consulenti, o gli aventi un interesse legittimo; e secondo il § 3 del medesimo articolo “ la convocazione può anche “ essere ordinata dal procuratore del re „. Tra i casi, pertanto, nei quali non è facoltativa, ma obbligatoria pel pretore la convocazione del consiglio di famiglia, vi è una distinzione da fare; chè talvolta il decreto di convocazione è semplicemente in esecuzione dell'ordinanza emanata da un'autorità superiore, cioè dal procuratore del re; qualche altra volta invece è dalla sola autorità del pretore che emana l'ordine della convocazione, sebbene il pretore stesso sia tenuto in ciò di deferire all'istanza di certe persone, alle quali la legge conferisce nominatamente il diritto di richiedere la convocazione stessa. Sì nell'un caso che

nell'altro è però sempre il pretore, che, conformemente alla regola dell'art. 251, convoca il consiglio; nè lo stesso procuratore del re potrebbe farlo direttamente.

In diritto francese presentava qualche difficoltà il quesito, se il ministero pubblico avesse facoltà di richiedere la convocazione d'un consiglio di famiglia. Da una parte spingeva ad ammetterlo la considerazione che in massima il ministero pubblico può agire d'ufficio quando si tratta di far eseguire le leggi risguardanti l'ordine pubblico; e che tale appunto è il carattere delle disposizioni concernenti l'ordinamento della tutela. Ma si opponeva dall'altra parte il silenzio della legge stessa; e il principio che il ministero pubblico non può esercitare diretta azione se non nei casi specialmente determinati dalla legge. Epperò dottrina e giurisprudenza erano d'accordo nel ritenere, pur deplorandolo, che il ministero pubblico non avesse il diritto di richiedere direttamente la convocazione del consiglio di famiglia; e solo potesse, al pari di qualunque privata persona non avente in ciò un proprio interesse legittimo, denunciare al giudice di pace i fatti che potessero dar motivo ad una convocazione d'ufficio (1). Il nostro codice ha sciolta la difficoltà, dichiarando espressamente che *la convocazione del consiglio di famiglia può anche essere ordinata dal procuratore del re;* e così, mentre si è conformato al ricordato principio, che debba essere attribuita un'azione diretta al pubblico ministero per tutto ciò che riguardi l'osservanza delle leggi d'ordine pubblico, ha provveduto nel miglior modo all'interesse del minore, per evitargli i danni che potrebbero derivare da una negligenza del pretore; ha offerto alle persone aventi diritto di richiedere la convocazione del consiglio di famiglia il mezzo di portare in più alta sede la loro istanza, che fosse rimasta inesaudita dal pretore; e in fine anche per coloro

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 287; Aubry et Rau, t. I, § 94, n. 1; Laurent, t. IV, n. 453.

che non avendo il diritto di richiedere la convocazione, pur tuttavia interessandosi al bene del minore abbiano sottoposto al pretore, con una istanza o una denunzia, il bisogno o l'opportunità di convocare il consiglio, ha dato il modo di riuscire nell'intento, nonostantechè il pretore non abbia secondata la loro mozione, poichè possono portarla ulteriormente avanti al procuratore del re, il quale, se la riconosca giusta, ordinerà la convocazione del consiglio.

Se poi la convocazione non sia fatta d'uffizio dal pretore, nè ordinata dal procuratore del re, hanno diritto a richiederla — come vedemmo — il *tutore*, il *protutore*, il *curatore*, *due consulenti*, o le persone, quali che siano, che *vi abbiano un interesse legittimo*. — Evidentemente questa enumerazione, fatta nel primo paragrafo dell'art. 257, non può riguardarsi che come *tassativa;* per ciò stesso che si tratta d'una disposizione di legge la quale attribuisce a persone determinate uno speciale diritto, e perchè d'altronde questo diritto, consistente nel richiedere obbligatoriamente la convocazione del consiglio di famiglia, forma eccezione alla regola generale dell'art. 251, secondo cui spetta al pretore, quale presidente di diritto del consiglio di famiglia, il convocarlo quando a suo prudente criterio lo riconosca necessario o conveniente nell'interesse del minore. È certo dunque, a nostro avviso, che questa disposizione dev'essere interpretata strettamente; e di tale principio troveremo più innanzi qualche importante applicazione.

Il motivo, che ha indotto il legislatore ad attribuire a quelle persone il diritto di richiedere la convocazione del consiglio di famiglia, è per sè manifesto; e consiste nell'*interesse* che quelle persone hanno nelle deliberazioni che il consiglio sarebbe chiamato a pronunciare; interesse proprio e legittimo di quelle persone stesse, od anche interesse dell'ufficio di cui sono rivestite nella tutela. Se infatti la mancanza di deliberazioni del consiglio di famiglia sovra determinati oggetti nuoce ad interessi legittimi di terze

persone, non potendosi imporre a queste il sacrificio di tali loro interessi, ne segue la giustizia e la necessità di riconoscere in loro favore il diritto di esigere che il consiglio di famiglia sia convocato per deliberare su quegli oggetti. Se poi, anche senza lesione d'interessi personali di terzi, la mancanza di qualche deliberazione del consiglio di famiglia pregiudichi al regolare andamento dell'amministrazione, nella quale hanno parte e responsabilità il tutore, il protutore, i consulenti, il curatore; la giustizia verso di questi, non meno che l'interesse medesimo dell'amministrato, impongono che sia dato a quei funzionari il diritto di esigere che il consiglio sia chiamato a deliberare; affinchè al grave incarico del loro ufficio ed alla responsabilità che ne consegue corrispondano almeno imezzi ch'essi reputano necessari per poterlo esercitare efficacemente.

Le cause, per le quali ciascuna delle persone sopra indicate può richiedere la convocazione del consiglio di famiglia, sono varie, naturalmente, secondo il differente ufficio di colui dal quale è fatta l'istanza.

Così quella convocazione può essere richiesta dal *tutore*, per promuovere la *nomina del protutore*, prima della quale egli stesso non potrebbe assumere l'esercizio della tutela (art. 265 cod. civ.); per provocare, nei casi previsti dalla legge, l'esclusione o rimozione del protutore stesso (art. 271 cod. civ.); per ottenere quei provvedimenti o quelle autorizzazioni del consiglio di cui si presentasse il bisogno o l'utilità (art. 282, 283, § 2, 287, 290, § 2, 291, 292, 295, 296, 299); e in fine anche per invitare il consiglio a pronunciare il suo avviso intorno a punti interessanti la cura della persona o l'amministrazione dei beni del minore, quantunque non compresi per legge nelle attribuzioni speciali del consiglio stesso (1).

Il *protutore* può anch'egli richiedere la convocazione del consiglio di famiglia per far escludere o rimuovere, nei

(1) V. sopra, n. 17, pag. 50 e seg.

casi stabiliti dalla legge, il tutore (art. 271 cod. civ.); per far nominare un tutore nel caso di tutela vacante o abbandonata (art. 266, § 2, cod. civ.); e in generale per tutti quegli oggetti sui quali creda necessario od opportuno, nell'interesse del minore, che il consiglio deliberi.

Lo può eziandio il *curatore* del minore emancipato, per ottenere la nomina di un altro curatore speciale, che assista il minore nel ricevere il conto della precedente amministrazione tenuta dal curatore medesimo (art. 316 cod. civ.); per riportare l'autorizzazione necessaria in certi atti dell'emancipato, eccedenti la semplice amministrazione (articolo 319 cod. civ.); per provocare la cassazione del beneficio della emancipazione a carico del minore i cui atti lo dimostrino incapace di amministrare (articolo 321 codice civile).

Possono pure richiedere la convocazione del consiglio *due consulenti*, che si accordino nel farne la istanza, per promuovere nn provvedimento qualsiasi, che reputino necessario od utile nell'interesse del minore. A differenza del tutore, del protutore e del curatore — i quali possono talvolta aver bisogno di far deliberare il consiglio di famiglia per liberarsi da una responsabilità individuale dipendente dall'ufficio che esercitano — i consulenti, all'opposto, in simile istanza agiscono esclusivamente nel puro interesse del minore; poichè una responsabilità individuale a loro carico ed a profitto del minore non potrebbe mai derivare che *dalle conseguenze di deliberazioni prese dal consiglio ed alle quali essi avessero concorso*, ma non potrebbero per certo esser tenuti responsabili della mancanza di deliberazioni, che il consiglio, di cui fanno parte, non fosse stato chiamato a prendere.

È forse appunto per ciò che non si è ammesso potersi imporre la convocazione del consiglio per istanza d'un solo dei consulenti, ma si è voluto che due concorrano a presentare tale istanza, acciocchè risulti più probabile dall'accordo delle loro opinioni che sia reale e seriamente

interessante pel minore il motivo della convocazione medesima. È indifferente, del resto, che i due da cui procede la istanza siano *consulenti di diritto* o *elettivi*. Ciò è della massima evidenza; sia perchè la legge non fa distinzione in proposito, sia perchè non vi sarebbe alcuna ragione per ammettere gli uni ed escludere gli altri.

Da ultimo la istanza può essere fatta *da chiunque abbia impegnato un proprio interesse legittimo in quella deliberazione per prender la quale dovrebb'essere convocato il consiglio*. Tale è il significato in cui crediamo doversi intendere quelle parole con cui l'articolo 257, § 1, accenna gli *aventi un interesse legittimo*. Invero trattandosi di persone estranee, non rivestite di alcuno degli uffici tutelari, sarebbe difficile intendere come potessero intromettersi negli affari della tutela, imponendo la convocazione del consiglio per deliberare intorno ad alcuno di essi, se ciò non si giustificasse per un interesse proprio e legittimo che quelle persone avessero in tali deliberazioni.

Da ciò stesso è chiaro, nella opinione nostra, non potersi trattar d'altro che d'un *interesse pecuniario, legittimo ed attuale;* poichè se si pretendesse di allegare un semplice *interesse morale*, di parentela o di amicizia verso il tutelato, esso si risolverebbe in fine nell'interesse del tutelato medesimo, la cui protezione non può spettare legalmente a chi non ha qualità nè di tutore, nè di protutore, nè di consulente, nè di curatore.

E tanto più fermamente crediamo a questa interpretazione della legge; perchè, come già notammo, la disposizione del primo paragrafo dell'art. 257 recando una *eccezione* — in quanto attribuisce a certe persone il diritto di rendere necessaria la convocazione del consiglio di famiglia, la quale generalmente è in libero potere del pretore presidente — deve quindi essere applicata con una stretta e rigorosa interpretazione. *Gli aventi un interesse legittimo*, secondo l'art. 257, § 1, sarebbero dunque soltanto coloro a cui la mancanza della deliberazione, per la quale fanno

istanza che si convochi il consiglio di famiglia, potesse arrecare un *danno pecuniario attuale;* per esempio, il debitore, che volendo liberarsi dalla propria obbligazione verso il minore, chiedesse la convocazione del consiglio di famiglia per l'autorizzazione necessaria, a norma dell'art. 296, onde abilitare il tutore a riscuotere i capitali del minore; il condomino, che, volendo procedere a divisioni amichevoli, abbisognasse di farne approvare il progetto dal consiglio di famiglia, secondo lo stesso articolo 296; i creditori del minore, o chiunque altro pecuniariamente interessato, perchè si provvedesse alla buona amministrazione del patrimonio del minore medesimo, nominandogli il tutore che mancasse, o rimuovendo quello che si trovasse nei casi contemplati dall'art. 269, o si dessero quelle altre disposizioni legittime che giovassero a tutela delle loro ragioni (1). Ma un parente o un amico, che non fosse nè tutore, nè protutore, nè consulente, nè curatore, potrebbe bensì denunziare al pretore i fatti che dessero motivo a convocare il consiglio di famiglia; potrebbe anche, se vuolsi, fare istanza per tale convocazione; senzachè però questa divenisse necessaria per la sola richiesta di lui, e rimanendo sempre in libera facoltà del pretore l'ordinarla, o no, a suo prudente criterio.

Qualche opinione si è manifestata in senso contrario, ritenendo che quelle parole dell'art. 257, § 1 — *gli aventi un interesse legittimo* — " debbano intendersi di qualunque " interesse legittimo *tanto pecuniario, quanto morale* „ e che perciò possano richiedere, a norma di quell'articolo, la convocazione del consiglio di famiglia anche " *i parenti* — " che non siano nè tutore, nè protutore, nè curatore, nè " consulenti — per far provvedere alla educazione del " minore negletta dal tutore „ (2). Ma questa teoria allargherebbe indefinitamente il campo per coloro, che estranei

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 257, vol. I, § 578, 1, pag. 913.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, § 572; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 235.

affatto ad una tutela volessero pure ingerirsene, sotto il pretesto del loro interessamento per la buona educazione del minore, e per la retta amministrazione del suo patrimonio. Adottato il concetto dell'*interesse morale*, non si potrebbe forse fermarsi ai parenti; bisognerebbe ammettere anche gli affini, anche le persone che avessero avute relazioni abituali di amicizia col genitore, e ammetterle non già solo a denunziare al pretore i fatti che dessero motivo a convocare il consiglio di famiglia, od anche a farne una istanza, che dipendesse poi dalla prudenza del pretore il secondare o no — ciò che niuno contesta — ma ad imporre, senza averne alcun interesse proprio, che dovesse convocarsi e prendere una deliberazione quel consiglio a cui esse sono completamente estranee. E veggasi in quale contraddizione si farebbe cadere la legge! Un solo parente, anche remoto, o un solo affine, sotto pretesto d'*interesse morale*, potrebbe esigere che si convocasse il consiglio di famiglia; mentre pei consulenti, che possono esser tali di diritto, e quindi tra i più prossimi parenti del minore, ascendenti, fratelli germani, o zii, e che certamente possono allegare meglio d'ogni altro un interesse morale al buon andamento dell'amministrazione tutelare, si richiede che due almeno di essi concorrano nel fare istanza per la convocazione!

L'istanza, che sia presentata al pretore da una o più delle persone designate nell'articolo 257, § 1, non ha certamente bisogno d'essere motivata; poichè dei motivi non ha da costituirsi giudice il magistrato, il quale deve convocare il consiglio per ciò solo che gliene è fatta richiesta da chi ne ha per legge il potere. È chiaro però essere indispensabile che sia indicato l'oggetto speciale della convocazione domandata: giacchè se l'articolo 257 autorizza le persone ivi accennate ad imporre che si aduni il consiglio per deliberare sovra affari d'interesse del minore o dell'instante medesimo, non ha però voluto nè poteva rimettere all'arbitrio di quelle persone d'intimare

capricciosamente adunanze, le quali non avessero alcuno scopo utile e serio. Non sarebbe dunque attendibile una istanza, in cui non si esprimesse l'oggetto della convocazione, riservandosi di esporlo in adunanza, o in cui lo si indicasse in termini generici senza precisarlo abbastanza.

Ma può avvenire che la istanza fatta a norma dell'articolo 257, § 1, non sia esaudita dal pretore; più specialmente quando non sia stata presentata dal tutore, nè dal protutore, nè dal curatore, nè da due dei consulenti, ma da un terzo che si pretenda legittimamente interessato; poichè in tal caso il pretore deve anzitutto riconoscere se realmente sussista l'allegato interesse legittimo nel richiedente. Or quale sarà allora la sanzione della legge? E a quali mezzi potrà ricorrere l'instante per farsi rendere ragione? Già avvertimmo un mezzo speciale offerto dalla nostra legge coll'ammettere che la convocazione del consiglio di famiglia possa essere ordinata dal procuratore del re; al quale pertanto potranno sempre ricorrere le persone la cui istanza non sia stata ascoltata dal pretore. Ma oltre a ciò non è preclusa la via agli altri mezzi ordinari, ai quali il legislatore si è tacitamente rimesso col non dare alcuna particolare disposizione.

Se dunque il pretore abbia respinto con suo decreto il ricorso, contro tale decreto potrà la parte proporre reclamo al presidente del tribunale civile, secondo la regola generale dell'articolo 782 del codice di procedura.

Quando poi il pretore trascurasse l'istanza, senza respingerla formalmente, sarebbe caso di poter esercitare contro di lui l'azione civile per *rifiuto di provvedere sulla domanda della parte*, a norma degli articoli 783 e seguenti del medesimo codice di procedura civile, purchè quella istanza fosse stata inutilmente presentata una seconda volta nei termini e nelle forme stabiliti dall'art. 784 codice precitato.

65. Quanto alla forma della convocazione, il codice Francese stabiliva che questa avesse a farsi mediante cita-

zione stragiudiziale notificata per ministero d'usciere a ciascuna delle persone chiamate a comporre il consiglio di famiglia. Era questo il modo regolare, che dava perfetta legalità alla convocazione. Ma non era escluso che questa potesse farsi anche in altri modi, ed era adottato in pratica, a risparmio di spese pel tutelato, di valersi di semplici avvisi scritti od anche verbali; senonchè era ritenuto che in tal caso i mancanti non potessero essere assoggettati alle pene pecuniarie stabilite dalla legge, e che le deliberazioni prese in loro assenza potessero essere impugnate come nulle (1).

Nella legislazione nostra, nè il codice civile, nè quello di procedura civile accennano in proposito a veruna forma speciale. È detto bensì che " per la validità delle deliberazioni del consiglio di famiglia *si richiede la convocazione di tutti i membri di esso* „ (art. 268 cod. civ.); ma non essendo dichiarato il modo in cui tale convocazione debba farsi, ne risulta bastare la certezza che ciascuno dei componenti il consiglio abbia ricevuto avviso di doversi presentare nel giorno, ora e luogo stabiliti per l'adunanza, qualunque sia il mezzo di prova che se ne abbia. La forma della citazione estragiudiziale notificata per mezzo d'usciere era infatti più indicata in un sistema, come quello del codice Francese, in cui il consiglio di famiglia non era un corpo permanente, ma si costituiva volta per volta quando si presentava il bisogno di convocarlo, e poteva ad ogni caso essere formato di persone nuove, senza riguardo alla sua composizione precedente. Adottato presso noi il principio che la costituzione del consiglio di famiglia debba essere *permanente*, e rese anche più frequenti le convocazioni di esso, diveniva più opportuno il lasciare alla prudenza del pretore di prescegliere quel modo che secondo le circostanze possa essere più conveniente per accertare che tutti i membri del consiglio siano stati chiamati ad

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 94, ni 3, 4; Demolombe, t. VII, ni 288-290.

intervenire, e insieme non aggravare il minore di spese che possono evitarsi.

La convocazione per mezzo di citazioni notificate a ministero d'usciere ha di certo questo vantaggio: che qualora la notificazione non avesse potuto farsi *alle persone* componenti il consiglio, basterebbe per la legalità della convocazione che le citazioni fossero state notificate nelle case di residenza delle persone stesse; mentre quando fosse stata impiegata tutt'altra forma, le deliberazioni del consiglio non potrebbero riguardarsi come valide, a norma del citato articolo 258, se non quando fosse accertato che la intimazione dell'adunanza fosse stata effettivamente ricevuta da ciascuno dei membri del consiglio. Così in casi gravi ed urgenti, nei quali potesse esservi pericolo nel ritardo, e fosse da temere la mala volontà di alcuni dei componenti il consiglio, sarebbe più cauto e sicuro il valersi del mezzo delle citazioni. Nei casi ordinari potrà essere opportuno il preferire altri modi non dispendiosi. Ne sarà inconveniente il valersi di semplici avvisi scritti od anche verbali, quando gli oggetti delle deliberazioni, a cui sarebbe chiamato il consiglio, non siano tali da soffrir danno pel ritardo; giacchè se tutti i membri del consiglio intervengano, sarà accertata da ciò stesso la validità delle deliberazioni; se poi qualcuno manchi, non avendosi documento da cui risulti che tutti abbiano effettivamente ricevuta la intimazione della convocazione, questa domanda dovrà essere differita, e potrà esserlo senza danno.

Ma in tal caso, com'è manifesto, non si potrebbe procedere oltre e tenere l'adunanza, senza correre il pericolo che le deliberazioni che vi venissero prese fossero poi impugnate come inefficaci a norma dell'articolo 258; nè d'altra parte si potrebbe applicare ai mancanti l'ammenda di cui all'articolo 255. Se al contrario constasse che gli avvisi di convocazione, dati in qualunque forma anche verbale, fossero stati personalmente ricevuti da tutti i membri del consiglio, se ciò risultasse, per esempio, da

una dichiarazione firmata da ciascuno di essi, che l'ufficio avesso avuto la diligenza di procurarsi, non par dubbio che ciò dovesse bastare per rendere valide le deliberazioni, attesa la convocazione accertata di tutti i membri del consiglio; ed anche per potere infliggere ai mancanti la pena stabilita dall'articolo 255.

66. " Le persone chiamate nei consigli di famiglia " sono tenute a intervenire personalmente ": così è stabilito nell'articolo 255 del nostro codice.

Il codice Napoleone (art. 412), quello pel regno delle Due Sicilie (art. 333) e l'Albertino (art. 267) aggiungevano queste altre parole: " *oppure a farsi rappresentare* " *da un procuratore speciale* ". Gl'interpreti riconoscevano il carattere eccezionale di questa disposizione; imperocchè le funzioni di chi è chiamato a far parte di un corpo deliberante sono di loro natura essenzialmente personali, sicchè è tenuto ad adempierle egli stesso, nè può sostituirsi altra persona. Spiegavano però questa eccezione pel timore che spesse volte potesse esser difficile il riunire tutti i membri effettivi del consiglio, e ne risultassero ritardi pregiudizievoli negli affari della tutela.

Gli autori del nostro codice stimarono opportuno d'evitare questa deviazione indulgente dal rigore dei principii, e ad essi ritornare risolutamente. Del che non sapremmo che lodarli; quantunque non sia mancata qualche autorevole censura a tale innovazione. " Non sono rari, si è " detto, i casi nei quali le persone più strettamente con- " giunte col minore non possano intervenire al consiglio. " Perchè non potranno far udire il loro avviso per mezzo " di una persona che goda la loro confidenza? " (1). Ma la risposta a questa domanda, che esprime tutto il motivo della riprovazione mossa contro la legge, non può farsi attendere; risulta troppo chiaramente da ciò che abbiam

(1) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 234.

detto sopra e che tutti ammettono. Chi ha la qualità di consulente non può farsi rappresentare in consiglio da altra persona che goda della sua confidenza, perchè l'ufficio suo è *essenzialmente personale*, e non può quindi essere esercitato col mezzo di un rappresentante. E si noti essere un falso concetto che ammessa, come l'ammettevano i codici Francesi, Napoletano e Sardo, la facoltà di costituire un procuratore speciale, col mezzo di esso il consulente *facesse udire il proprio avviso* in consiglio. Non era già il voto del proprio mandante che il procuratore venisse a portare; ed era anzi impossibile che fosse così, prima di tutto perchè non è necessario che l'atto di convocazione ne esprima l'oggetto, e spesso sarebbe inopportuno e pericoloso l'annunziarlo, poi perchè la pronunciazione del voto deve seguire la discussione e dipenderne, epperò sotto questo duplice aspetto è assurdo il pensare che il consulente esprimesse il proprio voto col mezzo del procuratore. D'altronde tutti eran d'accordo nell'escludere assolutamente che il consulente potesse dare un *mandato imperativo* al suo procuratore. Il vero era dunque che quest'ultimo, in virtù del mandato, veniva rivestito momentaneamente dell'ufficio stesso del consulente, ed era sostituito a lui nel prender parte alla discussione e deliberazione sopra oggetti intorno ai quali il mandante non poteva avere un'opinione preconcetta, nè imporgli il voto da darsi. Ora il nostro legislatore ha pensato giustamente che non fosse da mantenere quest'anomalìa di un trasferimento momentaneo dell'ufficio di consulente da una ad un'altra persona; quasichè potesse parimente trasmettersi col mandato quella qualità personale che dava luogo a tale ufficio nel titolare. A che mai avrebbe valso la cura con cui la legge provvide perchè l'ufficio di consulente fosse esercitato da persone strettamente congiunte per sangue o per affetto al minore, designando prima i più prossimi parenti od affini, e in sussidio coloro che avessero avute abituali relazioni di amicizia col genitore, se poi potessero dele-

garsi quelle funzioni a qualunque persona estranea? Ed è notevole che una tale anomalìa sarebbe divenuta tanto più grave nel sistema della legislazione nostra, che ha reso permanente il consiglio di famiglia; poichè non sarebbesi trattato di farsi rappresentare da altri una volta tanto in un'adunanza, ma di potersi esonerare con un mandato, od almeno con più mandati successivi, da un ufficio stabile e d'ordine pubblico.

67. Stabilito che le persone chiamate nei consigli di famiglia fossero tenute ad intervenire personalmente, conveniva assicurare con una sanzione efficace l'adempimento di quest'obbligo d'ordine pubblico. Vi si provvide nello stesso articolo 255 disponendo che " l'assenza non giu-" stificata è punita con ammenda estendibile a lire cin-" quanta ".

E già abbiam detto altra volta che l'applicazione di questa penalità appartiene alla competenza del pretore. Il quale userà del potere che la legge gli attribuisce apprezzando a suo prudente criterio le circostanze, o secondochè da esse risulti maggiore o minore la colpa imputabile al consulente che ha mancato, e più o meno grave il danno che ne sia derivato. La somma di cinquanta lire è il *massimo* dell'ammenda applicabile. Da questo estremo il pretore può discendere fin dove reputi giusto e conveniente.

Il consulente, che non interviene all'adunanza, può aver prodotte giustificazioni. Spetterà al pretore l'apprezzarle, occupandosi di stabilire se la scusa addotta sia *legittima*, cioè tale da liberare d'ogni responsabilità chi l'allega, e se sia *abbastanza provata*.

Non è poi assolutamente necessario, per evitare l'applicazione dell'ammenda, che sia stata addotta dal consulente la propria discolpa. Se il pretore sia già abbastanza informato delle cause che possano giustificare l'assenza del consulente, si asterrà dal condannarlo; e sarà tanto meno proclive al rigore quando da tale assenza non sia

derivato il danno di dover differire le deliberazioni, perchè il consiglio di famiglia siasi trovato ciò non ostante nel numero legale prescritto dall'art. 258.

Pronunciata l'ammenda, non è tolto al consulente, a cui fu inflitta, di poter ricorrere al pretore stesso affinchè lo prosciolga dalla condanna; e il pretore può revocare il decreto, qualora riconosca legittime e bastantemente provate le giustificazioni addotte dal reclamante. Inoltre non sarebbe neppure preclusa al consulente, colpito dall'ammenda, la via dell'appellazione. La disposizione dell'art. 413 del codice Francese, che dichiarava pronunciarsi *inappellabilmente* l'ammenda dal giudice di pace, non fu riprodotta nel codice Italiano; ed è quindi applicabile la regola generale dell'art. 481 del codice di procedura civile, che " l'appellazione è ammessa da tutte le sentenze pro- " nunziate in prima istanza, salvo che la legge le abbia " dichiarate inappellabili „. Si potrebbe opporre che trattandosi di condanna ad un'*ammenda* non vi è luogo ad appello, giusta l'art. 353, n. 1, del codice di procedura penale. Ma l'ammenda non può qui considerarsi che quale semplice *pena civile*; come chiaro apparisce dalla disposizione dello stesso art. 255 codice civile, che anche per la *multa*, stabilita pel caso in cui le assenze del consulente siano state *abituali*, dichiara doversene promuovere l'applicazione *in giudizio civile*. Le norme del procedimento penale sono dunque estranee a questa specialità.

Ciò che dicemmo finora riguarda soltanto i casi di singole mancanze dei consulenti. La legge nostra ha preveduta però anche la possibile abitualità di simili mancanze da parte d'un consulente, e vi è andata incontro con disposizioni più rigorose.

" Verificandosi il caso che un membro del consiglio si " renda abitualmente assente, il pretore deve surrogarvi " un'altra persona, ed ove non sia provata una giusta e " permanente causa di assenza, ne riferirà al procuratore " del re, il quale promuoverà contro di esso in giudizio

“ civile l'applicazione d'una multa estendibile a lire cin-
“ quecento „ (art. 255, § 2, codice civile).

Questa disposizione colpisce soltanto, secondo le parole stesse del testo, le *mancanze abituali* del consulente. È chiaro pertanto che a renderla applicabile non basterebbe la *pluralità* delle mancanze, se non vi si aggiungesse l'*abito*, la *frequenza* di esse. Non è però necessario che siano state immediatamente successive l'una all'altra; e un numero abbastanza considerevole di mancanze, ancorchè interrotte da qualche atto di presenza, quando però fossero state frequenti, potrebbero considerarsi come costitutive di quell'*abito* che è colpito dalla disposizione dell'art. 255. Ad ogni modo il riconoscere se un membro del consiglio *siasi reso abitualmente assente* è un apprezzamento affatto discrezionale, dipendente dalle circostanze di fatto.

Verificandosi queste *abituali mancanze* d'un consulente “ *il pretore deve surrogargli un'altra persona* „; e ciò senza distinguere se tali mancanze siano imputabili a colpa del consulente che le ha commesse, o siano giustificate. A stabilire questa massima basterebbe la generalità stessa del testo ora riferito, che non ammette una tale distinzione. Ma in ogni modo la confermano fino all'evidenza le parole successive del testo medesimo: “ *ed ove non sia*
“ *provata una giusta e permanente causa di assenza, ne rife-*
“ *rirà* (il pretore) *al procuratore del re, il quale promuoverà*
“ *contro di esso* (contro il consulente) *in giudizio civile l'ap-*
“ *plicazione di una multa estendibile a lire cinquecento* „. Le quali parole dimostrano che quando le assenze abituali del consulente non siano giustificate, la condanna alla multa, che può essere promossa contro di lui, si aggiunge alla surrogazione d'altra persona, che deve aver luogo ancorchè sia *provata una giusta e permanente causa di tali assenze*. D'altronde questo, che risulta dal testo, è anche giustificabile razionalmente. La sostituzione d'un altro consulente a quello che abitualmente non interviene alle

adunanze del consiglio, non è già una pena che a titolo di remozione s'infligga al consulente mancante, ma è una necessità per l'interesse del tutelato; e tale necessità è la stessa, sia o non sia colpevole il consulente delle mancanze commesse.

Da ciò si scorge come avvenga che in uno dei due casi contemplati cumulativamente in questa disposizione, quando cioè le abituali mancanze del consulente non siano imputabili a sua trascuratezza, la legge rimetta al pretore di riconoscerle e provvedere col surrogargli altra persona, piuttostochè deferire al consiglio stesso di famiglia di pronunciare la *rimozione* del consulente. La remozione non può aver luogo che per cause colpevoli, contemplate nell'art. 269, mentre le mancanze abituali d'un consulente, ancorchè giustificate, rendono necessario per l'interesse della tutela il sostituirlo. Ma se quelle mancanze fossero colpevoli, se non fosse provata una giusta e permanente causa di assenza, sarebbe almeno allora il caso di applicare gli art. 269 e 271, piuttostochè il 255? In altre parole, il pretore dovrebbe surrogare un'altra persona al consulente colpevole solamente dopo che, a norma dell'art. 271, il consiglio di famiglia avesse deliberata la *rimozione di lui per provata trascuratezza*, a tenore dell'art. 269, n. 3, che pure è applicabile ai consulenti, come al tutore, al protutore e al curatore del minore emancipato?

A questa idea, che a primo aspetto potrebbe presentarsi come plausibile, ci sembra che resista invincibilmente il testo del citato art. 255, il quale dispone che, anche nel *caso che un membro del consiglio si renda abitualmente assente, e non sia provata una giusta e permanente causa di assenza*, il pretore abbia senz'altro a *surrogargli altra persona*, aggiungendo però che il pretore stesso debba allora riferirne al procuratore del re, affinchè promuova l'applicazione della multa. E questa specialità di procedimento è d'altronde facilmente giustificata, non trattandosi di fatti sull'esistenza ed importanza dei quali occorra di fare un

apprezzamento, che, anche per garanzia della persona che ne verrebbe colpita, sia opportuno di deferire all'intiero consiglio di famiglia, a norma dell'art. 271; ma di un fatto materiale, quale è quello delle mancanze abituali di un consulente, che consta ufficialmente dai processi verbali delle adunanze, e su cui il dare i provvedimenti necessari nell'interesse della tutela è di natural competenza del pretore, il quale convoca il consiglio e lo presiede, riceve le giustificazioni che siano addotte da quelli che non intervengano, ed ha la cura e la responsabilità di sovrintendere e disporre affinchè tutto proceda colla regolarità desiderabile.

Sembra dunque certo che quand'anche le abituali assenze d'un consulente non siano giustificate, non spetti al consiglio di famiglia il pronunziare la rimozione del consulente stesso, siccome colpevole di *provata trascuratezza*, dopo la quale deliberazione soltanto debba il pretore surrogare a quel consulente altra persona; ma tale surrogazione abbia a farsi senz'altro dal pretore, a norma dell'articolo 255.

Parlammo sempre dei *consulenti*, cioè di coloro che hanno questa qualità *per diritto*, a norma dell'art. 252, o sono stati *eletti* a tale ufficio dal pretore, secondo l'articolo 253. È evidente infatti che ad essi soli ha inteso di riferirsi l'art. 255 parlando di *membri del consiglio*, quantunque ne siano pure membri necessari, in virtù dell'articolo 251, § 2, *il tutore, il protutore, e pel minore emancipato il curatore;* poichè a questi sarebbe impossibile che *il pretore surrogasse altre persone*, spettando la loro nomina *al consiglio di famiglia* (art. 245, 264, 314 codice civile). Se dunque fosse il tutore, o il protutore, o il curatore del minore emancipato, che mancasse abitualmente e senza giusta e permanente causa alle adunanze del consiglio di famiglia, non potrebbesi far luogo che alla rimozione di questi funzionari per applicazione dell'art. 269, n. 3, e il pronunziarla spetterebbe al consiglio di famiglia, a tenore

dell'art. 271; dopo di che procederebbesi alla surrogazione d'un nuovo tutore, protutore o curatore colle norme ordinarie stabilite dalla legge.

Il pretore, che per le abituali mancanze d'un consulente abbia dovuto surrogargli altra persona, quando non gli consti d'una giusta e permanente causa d'assenza, ha obbligo di riferirne al procuratore del re. Questi, dice il testo, *promuoverà* contro il consulente l'applicazione della multa. Ma, non ostante ciò che vi ha di assoluto in questa espressione, non è da credere che la relazione fatta dal pretore tragga seco per necessità inevitabile l'esercizio dell'azione del ministero pubblico. Il consulente incolpato potrebbe presentare al procuratore del re quelle *prove d'una giusta e permanente causa di assenza*, che non avesse prodotte davanti al pretore; e sarebbe strano che ciò non ostante dovesse essere promossa l'applicazione della multa. Bisogna però che l'allegata causa d'assenza sia *giusta*, cioè tale da aver posto senza sua colpa il consulente nell'impossibilità di compiere il dover suo intervenendo al consiglio; e sia *permanente*, cioè continuata in un identico fatto, o ripetuta in fatti simili o diversi, ciò poco importa, corrispondentemente a ciascuna delle mancanze addebitategli. Bisogna poi che questa giusta e permanente causa d'assenza sia *provata* in modo non dubbio. In mancanza di ciò il pubblico ministero deve promuovere l'applicazione della multa, che dal minimo di *lire cinquantuna* può estendersi fino al massimo di *lire cinquecento*.

Tale multa però non è considerata in questo caso che come semplice *pena civile;* ed è perciò che *in giudizio civile* dev'esserne promossa l'applicazione com'è espressamente dichiarato nel citato art. 255. S'intende che contro la sentenza, che recasse la condanna, potrebbero esperimentarsi i mezzi ordinari d'impugnazione, poichè la legge non li vieta espressamente.

L'azione per promuovere l'applicazione della multa al consulente colpevole di abituali mancanze è attribuita dalla

legge al procuratore del re, per ragione dell'ufficio di cui questi è investito. La relazione, che dev'essergli fatta dal pretore, il quale abbia dovuto surrogare a quel consulente un'altra persona, è il mezzo che la legge ha stabilito affinchè il ministero pubblico abbia notizia dei fatti che possono dar luogo all'applicazione della multa; ma non costituisce una *condizione* per l'esercibilità dell'azione corrispondente. Epperò se anche il pretore avesse ommessa quella relazione, a cui sarebbe stato tenuto, se anche avesse trascurato di surrogare un'altra persona al consulente abitualmente mancante, il procuratore del re, informato di quelle assenze abituali, che sole veramente costituiscono il fatto colpito dalla pena civile che la legge sancisce, potrebbe *d'ufficio* promuovere davanti al tribunale in giudizio civile l'applicazione della multa.

68. Non ostante l'obbligo, che tutte le persone componenti il consiglio di famiglia hanno, d'intervenire personalmente alle adunanze di esso, vi sono però casi di eccezione, nei quali, ben lungi dal potersi imputare a colpa d'una di quelle persone il non essere intervenuta, le è anzi imposto dalla legge di doversi astenere dal prender parte alle deliberazioni del consiglio.

Quei casi eccezionali, e quindi da tenersi ristretti tassativamente alla enumerazione fattane dalla legge, sono stabiliti nell'art. 259 colla seguente disposizione:

" I membri del consiglio debbono astenersi dal prender " parte alle deliberazioni nelle quali hanno un interesse " personale.

" Il tutore non ha voto, quando si tratta della nomina, " dispensa o rimozione del protutore, e il protutore non " ha voto, quando si tratta della dispensa o rimozione del " tutore, o della nomina di un nuovo tutore ".

Le funzioni del consiglio di famiglia, che hanno per iscopo di proteggere e curare nel miglior modo gl'interessi del tutelato, richiedono la massima imparzialità nei

voti, la cui maggioranza deve decidere su tali interessi. Ora questa imparzialità sarebbe troppo difficile ad ottenersi quando i votanti avessero impegnato nell'oggetto della deliberazione un interesse personale proprio, fosse poi diretto o indiretto. Tale è la ragione somma di tutte le disposizioni contenute in questo articolo 259.

Altrove trovammo parlato di *opposizione* o di *conflitto di interessi* (art. 136, § 1, 224, § 3, 246, § 2, 266 cod. civ.); qui invece si parla semplicemente d'*interesse personale*, che i membri del consiglio abbiano in certe deliberazioni, alle quali il consiglio medesimo sia chiamato. Onde apparisce bastare l'interesse personale del consulente, ancorchè non sia *opposto all'interesse del tutelato, ma comune con esso.* La quale differenza di norme, risultante dalle parole del testo, non manca poi di ragioni sufficienti a cui appoggiarsi.

Per gli atti della donna maritata non fu ingiunta, nell'art. 136, § 1, l'autorizzazione del tribunale civile in luogo di quella del marito, se non quando l'interesse di quest'ultimo sia in *opposizione* con quello della moglie; perchè " l'*autorizzazione maritale non è richiesta per integrare la* " *capacità della donna, ma solo per rispetto all'autorità del* " *marito, come capo della società coniugale, e pel buon ordine* " *della famiglia* ": e se è opportuno, nel caso d'interessi opposti, il sostituire all'autorità del marito quella del tribunale, onde impedire che il marito stesso abusi della influenza sua per costringer la moglie a sagrificare agli interessi di lui i proprii, non si trovò invece ragione sufficiente per esigere un'altra autorizzazione in luogo di quella del marito " *quando l'atto potesse essere utile ad entrambi* " *gli sposi ed interessarli ugualmente* " (1). Ma evidentemente queste considerazioni nulla hanno di comune col caso presente, in cui si tratta di persona incapace per età, e di deliberazioni da prendersi dal consiglio di famiglia *per integrare la capacità del minorenne.*

(1) V. vol. V, parte II, n[i] 256 e 257, pag. 253, 258.

Pei minori soggetti a patria potestà od a tutela non si sostituisce all'opera del genitore o del tutore quella d'un curatore speciale, secondo il citato art. 224, § 3, o quella del protutore, secondo l'art. 266, se non quando l'interesse del genitore o del tutore sia *in conflitto* con quello del minore; perchè un *interesse comune* non giustificherebbe, in generale, il sospetto che il genitore o il tutore potesse abusare dell'autorità propria in danno del figlio o del tutelato, e d'altra parte contro ogni possibile pericolo di simili abusi stanno garanti altre cautele, che la legge ha disposte per gli atti più gravi, i quali possano compromettere la sostanza stessa patrimoniale del minorenne, richiedendo che il genitore sia autorizzato a tali atti dal pretore o dal tribunale civile, e che il tutore riporti l'autorizzazione del consiglio di famiglia e talora anche l'omologazione del tribunale (art. 224, 225, 296, 301 cod. civ.).

Ma nelle deliberazioni del consiglio di famiglia, nelle quali un voto, completando la maggioranza, può decidere irreparabilmente di gravissimi interessi del tutelato, sarebbe stato pericoloso il concedere quel voto a chi avesse nell'oggetto su cui si delibera un interesse personale, sebbene non opposto, ma comune a quello del tutelato stesso. Quel voto non sarebbe più, come dovrebbe essere, perfettamente imparziale; e quantunque si trattasse d'un interesse in fondo comune, ciò che convenisse al tutelato potrebbe, per differenti condizioni patrimoniali, non convenire al membro del consiglio di famiglia, o viceversa; onde avverrebbe talvolta che una determinazione risoluta appunto da quel voto, che avesse stabilita la maggioranza, muovesse dagli interessi personali del votante, mentre quelli del tutelato avrebbero consigliato la risoluzione opposta. Queste considerazioni ci sembrano sufficienti per giustificare la massima, che basti l'esistenza d'un interesse personale del consulente, ancorchè non opposto a quello del tutelato, ma comune con esso, per impedire a quel consulente di prender parte alla deliberazione; la qual massima d'altronde risulta,

a parer nostro, così chiaramente dal confronto del testo dell'art. 259, § 1, con quello degli articoli 136, § 1, 224, § 3, 246, § 2, e 266, da non poterla revocare in dubbio. L'interesse però deve essere — come dichiara espressamente lo stesso art. 259 — *personale* al membro del consiglio di famiglia che deve astenersi; sicchè non basterebbe che nella deliberazione fosse interessata una terza persona, per quanto a lui strettamente congiunta, per rendere necessaria l'astensione del consulente dalla deliberazione. È chiaro però che potrebbe, secondo i casi, esser conveniente che egli se ne astenesse, e questa diverrebbe allora per lui una causa giustificante la sua assenza. Bisogna che quell'interesse sia *pecuniario*, e sia *attuale*, non eventuale. Ma è poi indifferente che si tratti d'*interesse diretto* o *indiretto* soltanto. Intorno a tutto ciò possiamo riferirci alle dimostrazioni che delle proposizioni predette abbiamo date in altra materia, e che sono anche qui completamente applicabili (1).

I membri del consiglio di famiglia, che abbiano un interesse personale in qualche deliberazione da prendersi, debbono dunque, secondo la disposizione testuale dell'articolo 259, *astenersi dal prendervi parte*. Ma questa proibizione si restringe forse alla sola votazione, di guisa che quegli interessati possano essere presenti alla discussione e parteciparvi, salvo soltanto doversi astenere dal voto? È ciò che è stato insegnato da taluno (2). Pensiamo tuttavia esservi ragione di dubitar forte che questa massima sia conforme allo spirito della legge, per quanto essa possa soddisfare al senso letterale della disposizione. Certo; *si prende parte alla deliberazione* col dare il voto; ed è quello soltanto che la legge espressamente vieta. Perciò appunto ammetteremmo non aversi a riguardar come nulla la deliberazione solo perchè i membri del consiglio di famiglia, che vi fossero personalmente interessati, avessero assistito

(1) V. vol. V, parte II, n. 256, pag. 253 e seg.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 238.

e partecipato alla discussione; poichè le nullità non si possono creare, e bisogna che risultino almeno virtualmente da una disposizione della legge. Ma da questo a dire che " nulla può vietare che i membri interessati assistano alla " seduta „ corre un gran tratto; e crediamo che il pretore, quale presidente del consiglio, avrebbe ragione di non permettere che quei consulenti assistessero alla discussione e molto più che vi partecipassero; perchè ciò nuocerebbe a quella piena libertà che deve esservi nella discussione stessa come nella deliberazione, e la presenza degli interessati, tanto più se essi s'immischiassero nel discutere, potrebbe esercitare non lieve influenza sui votanti, a danno talora degl'interessi del tutelato.

I rapporti esistenti per legge fra il tutore ed il protutore hanno consigliato a rimuovere ogni influenza che l'uno di essi potesse esercitare sulla nomina, dispensa o rimozione dell'altro. Così anche la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 259 è motivata in fine dall'interesse indiretto che avrebbe nella deliberazione quella persona faciente parte del consiglio, che è quindi esclusa dal potervi portare il suo voto. Il tutore può avere un interesse a far conferire l'ufficio di protutore ad una persona che gli sia devota, perchè da essa sarà rappresentato il minore in quei casi in cui l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore stesso; e per la stessa ragione può essere interessato ad impedire che quel protutore sia rimosso o dispensato; come all'inverso può avere interesse ad osteggiare la nomina d'un protutore che gli sia avverso, od a farne pronunciare la rimozione od ammetterne la dispensa. Il protutore poi rappresentando il minore ed amministrandone il patrimonio mentre la tutela sia vacante o abbandonata (art. 266 cod. civ.) e dovendo cessare dall'ufficio, salvo il poter essere rieletto dal consiglio di famiglia, quando sia nominato un nuovo tutore (art. 267 cod. civ.), può essere interessato ad impedire che il tutore in esercizio sia dispensato o rimosso, od a far riuscire la nomina

del nuovo tutore, o può avere l'interesse opposto, secondochè desideri di evitare o di avere l'esercizio temporaneo dell'amministrazione, di liberarsi dall'ufficio di protutore o di conservarlo.

69. È sembrato conveniente che il minore, giunto che sia ad età abbastanza matura, non rimanga completamente estraneo alla trattazione degli affari che lo risguardano. Si è pensato che l'assister esso alle adunanze del consiglio potrebbe servire di freno a chi tentasse di adoperare male arti in suo danno, porgergli il mezzo di difendere efficacemente davanti al consiglio i proprii interessi e propugnare l'indirizzo che reputi più opportuno di dare agli affari suoi ed infine essere al minore di ammaestramento per la gestione che tra breve dovrà essergli rimessa del suo patrimonio. Tali sono i motivi, sui quali è fondata la disposizione dell'art. 251, § 3, così concepita:

" Il minore, dopo compiuti i sedici anni, avrà diritto di " assistere, ma senza voto deliberativo, al consiglio di " famiglia, di cui gli sarà perciò notificata la riunione ".

Sarebbe però un errore troppo manifesto il pensare che il minore, giunto all'età di sedici anni compiuti, facesse parte egli stesso del consiglio di famiglia. La qualità di membro di un corpo deliberante, sovraintendente alla cura della propria persona e all'amministrazione del proprio patrimonio, sarebbe un assurdo inconcepibile. Il testo stesso della legge è infatti abbastanza chiaro in proposito, poichè non attribuisce al minore che il *diritto di assistere* alle adunanze del consiglio di famiglia costituito per lui. E la legge medesima deduce poi da quel principio una conseguenza, che torna a riprova di esso, quando dichiara che il minore, assistente alle sedute del consiglio, *non vi avrà voto deliberativo*.

70. Resta ora di conoscere quali siano le condizioni necessarie affinchè siano valide le deliberazioni che il con-

siglio di famiglia abbia prese sopra oggetti di sua competenza. Valide, diciamo, nel senso più generale di questa parola, intendendo perciò di riferirci tanto alle condizioni dal cui inadempimento derivi l'assoluta *inesistenza giuridica* delle deliberazioni del consiglio, quanto a quelle la cui inosservanza produca soltanto l'*annullabilità* delle deliberazioni stesse: chè della distinzione tra l'uno e l'altro caso ci riserbiamo di occuparci poi nel paragrafo successivo.

Reputiamo opportuno tener distinto ciò che concerne la legalità delle adunanze, e la validità delle deliberazioni prese in adunanza legale; sebbene amendue questi oggetti siano compresi dal testo nell'unica disposizione dell'articolo 258 così concepita:

“ Per la validità delle deliberazioni del consiglio di fa-“ miglia si richiede la convocazione di tutti i membri di “ esso e la presenza almeno di tre, oltre il pretore. Il con-“ siglio delibera a maggioranza assoluta di voti. A parità “ di voti quello del pretore avrà la preponderanza „.

Limitandoci dunque per ora a ciò che riguarda la legalità delle adunanze, le condizioni, che ne sono accennate nell'articolo ora riferito, sono queste due:

1° che tutti i membri del consiglio siano stati convocati;

2° che di essi siano presenti tre almeno, oltre il pretore.

Tutti i membri del consiglio devono essere stati convocati; epperò se non constasse in modo irrefragabile che ognuno di essi avesse ricevuta l'intimazione d'intervenire, o tale intimazione non fosse stata fatta negli ordinari modi legali delle citazioni, sarebbe certa la illegalità dell'adunanza, e quindi anche la inefficacia delle deliberazioni che in essa fossero state prese, quantunque gli altri componenti il consiglio si fossero trovati presenti nel numero legale di tre, oltre il pretore, e avessero deliberato a maggioranza assoluta di voti. E ciò infatti è perfettamente ragionevole; poichè anche per un solo dei membri del consiglio che non avesse

ricevuta la intimazione della convocazione, sarebbe stato possibile che la presenza di lui avesse cambiata la deliberazione presa dagli intervenuti, sia perchè il solo suo voto avesse bastato a costituire la maggioranza in senso contrario, o perchè anche avesse potuto riuscire nella discussione a persuadere altri dell'opinione propria. Pel resto possiamo riferirci a quanto abbiamo già esposto parlando della forma in cui possa farsi la convocazione (1).

Essendo detto che *si richiede la convocazione di tutti i membri del consiglio di famiglia*, è chiaro comprendersi in questa dizione non solo i consulenti propriamente detti, o di diritto o elettivi, ma eziandio gli altri che fanno parte necessaria del consiglio, cioè il tutore e il protutore, o il curatore del minore emancipato.

Si esige poi la presenza almeno di tre membri del consiglio, oltre il pretore.

Il codice Francese, che, sebbene fissasse per la composizione del consiglio il numero normale di sei parenti od affini, metà del lato paterno e metà del materno, ammetteva per eccezione che i fratelli germani del minore, e i mariti delle sorelle germane, e le vedove degli ascendenti, e gli ascendenti legittimamente scusati dalla tutela facessero parte del consiglio senza limitazione di numero, aveva in conseguenza dovuto adottare una norma diversa per stabilire la legalità delle adunanze, non facendola dipendere da un numero fisso dei presenti, ma da un numero proporzionale al totale dei componenti il consiglio; e richiedeva *la presenza per lo meno di tre quarti dei membri stati chiamati* (art. 415). Nel codice nostro essendo stato reso costante il numero delle persone che hanno a far parte del consiglio, si è potuto anche fissare invariabilmente il numero di quelle che devono esser presenti alle adunanze per renderle legali.

Merita però di essere osservato che anche sotto il codice

(1) V. sopra, n. 65, pag. 239-242.

nostro può essere diverso il numero delle persone che compongono effettivamente il consiglio, secondochè esso sia convocato prima che vi siano il tutore e il protutore o il curatore, e per nominarli, o quando essi sono già costituiti in carica e fanno perciò anche parte necessaria del consiglio. E nondimeno non distinguendo la legge fra questi due casi, e richiedendo sempre, con una disposizione generale ed assoluta, *la presenza di tre membri del consiglio oltre il pretore*, ne avverrà quindi che quando il consiglio è definitivamente completo colla partecipazione anche del tutore e del protutore o del curatore dell'emancipato, il numero stabilito corrisponda esattamente alla maggioranza; poichè di sette, o sei se il consiglio è costituito per un minore emancipato, si vogliono presenti quattro; mentre quando manchino ancora il tutore e il protutore o il curatore è necessario che siano presenti tutti, meno uno, i componenti allora il consiglio.

Ciò che abbiam detto ora suppone che anche il tutore e il protutore od il curatore, se intervengono all'adunanza, debbano essere contati nel numero necessario per renderla legale. E intorno a ciò infatti non lascia dubbio la legge; poichè parla di *tre membri del consiglio*, oltre il pretore, ed anche il tutore e il protutore o il curatore sono membri necessari del consiglio, secondo l'art. 251, § 2. Così intervenendo il tutore e il protutore, basterà che vi si aggiunga la presenza d'uno dei consulenti.

Basta la presenza materiale di costoro, o si richiede che prendano parte alla votazione? Se n'è dubitato; ma di ciò parleremo in sede più appropriata nel numero successivo, esponendo le condizioni di validità delle deliberazioni; poichè ad esse soltanto appartiene ciò che concerne i voti necessari per deliberare. Qui non discorriamo che di quanto occorre per costituire legalmente l'adunanza e far luogo a proceder quindi alla discussione ed alla deliberazione; ed è evidente che in tale rapporto è soltanto il numero dei presenti materialmente che deve essere considerato.

Ma può darsi che il numero di quelli che prendono parte all'adunanza sia in difetto, perchè alcuni dei membri del consiglio debbano astenersi, a norma delle disposizioni che già conosciamo dell'art. 259. Quale sarà allora la regola da seguirsi? Potrebbero dubitarne coloro i quali pensano che gl'interessati in una deliberazione debbano astenersi dal votare, non dall'assistere alla seduta, e poi ritengono sufficiente per la validità delle deliberazioni la presenza materiale anche dei non votanti. Essi potrebbero ammettere che gli aventi interesse personale in una deliberazione facessero numero per rendere legale l'adunanza, e bastasse poi per la validità della deliberazione stessa la maggioranza assoluta dei voti degli altri. Ma poichè ci parve che, secondo la legge, coloro non potessero neppure assistere alla seduta, in quella parte almeno in cui si trattassero gli affari nei quali avessero personale interesse, crediamo indubitabile che non avrebbero a contarsi per completare il numero necessario alla legalità dell'adunanza, e sarebbe indispensabile la presenza di altri tre membri del consiglio, oltre il pretore.

Che avverrà dunque se tanti siano, tra i membri del consiglio, quelli che abbiano interesse personale in una data deliberazione, da non rimanere più gli altri in questo numero indispensabile di tre? Certo, non è ammissibile che rimanga da ciò impedito assolutamente il dar corso agli affari del tutelato; epperò riteniamo giustificata dalla necessità l'opinione che in tal caso il pretore possa " provvedere temporaneamente chiamando ad intervenire al " consiglio altri consulenti da lui nominati, seguendo i criterii tracciati dalla legge, ed in quel numero che si " richiede per rendere legale l'adunanza „ (1).

La presenza dei membri del consiglio in numero legale lascia luogo all'adunanza, ma non la rende necessaria. Il pretore, in virtù dell'autorità che gli spetta di convocare

(1) V. Ricci, *Corso teor.-pratico di dir. civile*, vol. II, n. 427.

e presiedere il consiglio, può anche regolarlo come nel suo potere discrezionale reputi più opportuno per l'interesse del tutelato. E se in causa dell'assenza, giustificata o no, dell'uno o dell'altro consulente, o del tutore, o del protutore, o per diversa ragione, stimi conveniente di rimettere l'adunanza ad altro tempo, lo può, sia *aggiornandola*, sia *prorogandola*. Il codice francese aveva una disposizione espressa in proposito (art. 414). La stessa massima, quantunque non riprodotta nel testo del codice nostro, è però autorizzata dai principii (1). Tra il caso di *aggiornamento* e quello di semplice *proroga* havvi questa differenza: che quando l'adunanza sia *rimessa ad altro giorno determinato*, la convocazione s'intende già fatta per quel giorno rispetto a quelli dei membri del consiglio che si trovino presenti, e solo agli altri rimane necessario d'intimarla; mentre quando sia *prorogata, senza fissare il giorno*, diviene indispensabile una nuova convocazione per tutti i membri del consiglio.

La legge non prescrive per la legalità delle adunanze altre condizioni oltre le due finora accennate. Nessuna norma obbligatoria vi è quindi rispetto al *luogo* in cui esse debbano tenersi. È detto che il consiglio di famiglia è costituito *presso il pretore* (art. 249 cod. civ.) ed è quindi naturale che segga nel pretorio. Ma nulla vieterebbe che il pretore, quando lo riconoscesse opportuno, fissasse altro luogo per la convocazione.

Le sedute del consiglio di famiglia non sono pubbliche; poichè la legge non lo ha prescritto, nè vi sarebbe stata ragione di farlo, dovendosi trattare di affari puramente privati.

71. Prendendo ora ad occuparci delle condizioni di validità delle deliberazioni del consiglio, non intendiamo di parlarne sotto l'aspetto della incompetenza o della irre-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 255, vol. I, § 579; IV, pag. 913, 914.

golare costituzione di esso, o della illegalità dell'adunanza in cui la deliberazione sia stata presa; sui quali argomenti c'intrattenemmo in parte nel numero precedente, e dovremo trattarne pel resto in un successivo paragrafo, in cui ci proponiamo di dimostrare i mezzi coi quali le deliberazioni del consiglio possano essere impugnate. Pel momento supponiamo che il consiglio sia competente, regolarmente costituito, e che l'adunanza in cui è convocato sia legale, e ricerchiamo le condizioni necessarie a riscontrarsi *nelle deliberazioni* che esso prende, affinchè siano valide. L'art. 258, che già riferimmo, ci porge intorno a ciò due regole: che *il consiglio delibera a maggioranza assoluta di voti*, e che *a parità di voti quello del pretore ha la preponderanza.* Ma prima di addentrarci nella interpretazione di queste massime, e studiarne le principali applicazioni, dobbiamo rispondere ad un quesito che riservammo nel numero anteriore: è necessario, alla validità delle deliberazioni, che i membri del consiglio, dei quali è indispensabile la presenza per rendere legale l'adunanza, abbiano anche presa parte effettiva nella votazione? Uno scrittore nostro, citando una rispettabile autorità francese, ha detto: “ non richiedersi che tutti (i membri del consiglio la “ cui presenza è necessaria) prendano parte alla delibe- “ razione; *bastare la sola presenza, perciocchè questa sola è* “ *richiesta dalla legge* „ (1). Un altro, allargando questo concetto, ha affermato che “ *se i convocati non intendono* “ *prendere parte alla deliberazione, essa è ugualmente valida,* “ imperocchè la legge non richiede che la presenza di tre “ membri oltre il pretore, *ma non impone l'obbligo di vo-* “ *tare* „ (2).

Crediamo, innanzi tutto, che vi sia in quest'ultima affermazione un errore di massima. L'*obbligo di votare*, se non è imposto in termini formali da un testo di legge, è però

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 305; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 575 *bis.*
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 236.

una conseguenza necessaria dell'indole dell'ufficio dato dalla legge stessa al consiglio di famiglia ed alle persone che lo compongono; ufficio reso obbligatorio per motivi anche d'interesse generale. I membri del consiglio, riuniti in corpo deliberante, debbono provvedere agli interessi del tutelato in tutti gli affari sui quali la legge richiede le loro deliberazioni. Forsechè vi provvederanno colla sola presenza materiale alle adunanze, senza dare alcun voto per le determinazioni che occorrono nell'interesse del tutelato? Accettando la massima così generale, che *i convocati, i quali non intendessero di prendere parte alla deliberazione, potessero astenersene senza nuocere alla validità della deliberazione medesima*, bisognerebbe ammetterla per tutti, come per ciascuno. E se nessuno dei comparenti volesse dar voto, si verrebbe a questo risultamento, che basterebbe il voto solo del pretore per deliberare validamente. Ed allora si potrebbe dire che *il consiglio avesse deliberato a maggioranza assoluta di voti*, come lo vuole l'art. 258? Anche senza spinger le cose fino a questi estremi, prendiamo il senso più ragionevole della massima che combattiamo: che cioè *basti la sola presenza di tre membri del consiglio, oltre il pretore, per dar luogo alla deliberazione, e questa poi sia valida qualora, astenendosi alcuno dei presenti, quella deliberazione raccolga la maggioranza assoluta dei suffragi dei votanti.* Suppongasi che dei tre presenti sotto la presidenza del pretore, due si astengano dal voto, e il terzo voti in senso opposto a quello che il pretore adotta. Il voto di quest'ultimo avendo per legge la preponderanza, ricadremmo ancora nell'assurdo di dire che un voto solo costituirebbe una *deliberazione del consiglio a maggioranza assoluta di voti.* Ma veniamo pure ad un caso più favorevole: una sola astensione, i voti degli altri due membri del consiglio in un senso, e il voto del pretore in senso opposto. Secondo la massima che respingiamo, la deliberazione sarebbe valida per quei due suffragi, mentre pure non raccoglierebbe la maggioranza assoluta dei voti, come

vuole la legge, poichè non avrebbe favorevole il voto di chi si è astenuto, ed avrebbe contrario il voto del pretore.

Non vogliamo sostenere per questo che alla validità delle deliberazioni sia necessario che tutti i membri del consiglio presenti abbiano dati i loro voti, la cui maggioranza assoluta sia per quella deliberazione. Basta che, essendo legale l'adunanza, perchè tutti i membri del consiglio siano stati convocati e si trovino presenti tre di essi oltre il pretore, il numero dei voti per quella deliberazione corrisponda alla *maggioranza assoluta dei presenti.*

Può darsi infatti che alcuni dei comparenti non si credano istruiti abbastanza intorno all'affare di cui si tratti, per poter dare con convinzione il loro voto. Il pretore potrà allora aggiornare o prorogare l'adunanza; ma se non reputi conveniente il farlo, non si saprebbe d'altra parte muover giusto rimprovero a quei consulenti se si astenessero da una votazione a cui non si sentono preparati. Può avvenire ancora che taluno dei consulenti, o senza addurne alcun motivo, o adducendone uno non plausibile, si rifiuti di prender parte alla deliberazione; e quantunque manchi con ciò al proprio dovere, non meno che se fosse rimasto assente, non potrebbe certamente il pretore applicargli l'ammenda di cui all'art. 255, § 1, essendo questa una pena stabilita soltanto per l'*assenza non giustificata*, nè potendo una pena essere applicata per analogia. E nondimeno il rifiuto di alcuni dei consulenti a dare il voto non potrebbe impedire di trattare gli affari del tutelato e definirli con deliberazioni valide del consiglio, qualora d'altronde concorressero gli estremi per esse richiesti dalla legge; cioè che l'adunanza fosse legale per essere stati convocati tutti i membri del consiglio e per esserne presenti tre oltre il pretore, e che la deliberazione fosse presa colla *maggioranza assoluta dei voti dei presenti.* Che importa infatti se alcuni di costoro si siano astenuti dal prender parte alla deliberazione, poichè, quand'anche avessero votato in senso contrario

agli altri, sarebbero stati vinti dalla maggioranza assoluta di questi? Suppongasi, per esempio, che tutti siano presenti, i quattro consulenti, il tutore, il protutore e il pretore; tre si astengano, e gli altri siano unanimi in una deliberazione. Questa sarà valida, perchè *il consiglio avrà deliberato a maggioranza assoluta di voti*. Sarà lo stesso se uno manchi, tre si astengano, e gli altri tre, compreso il pretore, votino per una deliberazione, poichè l'astenersi di quei tre non potendo avere maggior effetto che se essi avessero votato in senso contrario, dovrà quindi applicarsi il principio che *il voto del pretore ha la preponderanza*, epperò legalmente ciò equivarrà alla maggioranza assoluta dei voti dei presenti. Ma se, all'opposto, dei tre votanti due soli si trovino d'accordo, e l'altro voti in diverso senso, non si avrà deliberazione valida, perchè mancherà la maggioranza assoluta dei voti.

Facciamo caso ora che siano presenti soltanto tre membri del consiglio, oltre il pretore; che uno di quelli si rifiuti di votare e gli altri due siano concordi col pretore. Non potrà esser dubbia la validità della deliberazione; poichè questa, in rapporto col numero degl'intervenuti, raccoglie la maggioranza assoluta dei voti.

Se anche poi supponessimo che dei due membri del consiglio votanti, uno fosse d'accordo col pretore, l'altro contrario; sebbene non vi fosse materialmente la maggioranza assoluta dei voti avendosene due soli sopra quattro componenti il consiglio presenti all'adunanza, nondimeno la deliberazione varrebbe, in forza della preponderanza del voto del pretore.

Ma se, invece, i due membri del consiglio, che prendono parte alla deliberazione, votino in un senso contrario a quello adottato dal pretore, non si avrà deliberazione valida, quantunque vi sia la *maggioranza assoluta dei votanti*. L'adunanza non è legale se non per l'intervento di quel terzo consulente, che si rifiuta di votare; e il voto di costui non potendosi certo considerare come favorevole alla deli-

berazione a cui è contrario il voto del pretore, è chiaro che i voti degli altri due non possono costituire, a senso di legge, la *maggioranza assoluta dei voti*.

L'errore dell'opinione contraria dipende, a veder nostro, da ciò: che non si è tenuto conto abbastanza della distinzione tra le condizioni di legalità delle adunanze, e le condizioni di validità delle deliberazioni del consiglio. Per render legale l'adunanza basta la presenza materiale di tre membri del consiglio di famiglia, oltre il pretore. Per render valida la deliberazione è necessario, prima di tutto, che sia legale l'adunanza; ma non basta la presenza materiale di quei tre membri del consiglio di famiglia, oltre al pretore, se inoltre i voti dati per quella deliberazione non costituiscano la *maggioranza assoluta in rapporto al numero dei presenti* od almeno e in caso di parità non sia tra essi il voto del pretore, che ha per legge la preponderanza.

Dichiarando che " il consiglio delibera a maggioranza assoluta di voti ", il nostro articolo 258 ha risoluta una questione vivamente dibattuta sotto il codice francese; il quale nell'art. 416 si limitava a dire che nel consiglio di famiglia *il giudice di pace aveva voto deliberativo e preponderante in caso di parità di opinioni*. Ond'era avviso di alcuni che bastasse la preponderanza di un voto, o, in parità del numero di voti, la *preponderanza legale* di quello del giudice di pace, per far trionfare una tra più opinioni formatesi in seno del consiglio, qualunque poi fosse il numero di esse; in altri termini, che bastasse *la maggioranza relativa dei voti* per rendere valida una deliberazione (1). Altri all'opposto, ed era il maggior numero, pensavano non potersi avere deliberazione valida se non per la *maggioranza assoluta dei comparenti* (2). Dall'una e

(1) V. Toullier, t. II, n. 1121; Proudhon, t. II, pag. 323; Chardon, *Des trois puissances*, 3me partie, n. 292.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 112, na 5; Duranton, t. III, n. 466; Duvergier sur Toullier, l. c.; Valette sur Proudhon, l. c., na *a*); Marcadé, art. 416, § I, t. II, n. 208; Demolombe, t. VII, ni 312, 313; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 94, na 12; Laurent, t. IV, n. 461.

dall'altra parte si traevano dal testo del codice francese alcuni argomenti, che per noi sarebbe inutile riferire; ma se ne aggiungevano altri riguardanti intrinsecamente la massima.

La maggioranza assoluta — dicevano i primi opinanti — è talora assai difficile ad ottenersi, e da ciò deriverebbero lentezze nocive agli interessi della tutela.

Ma, replicavano gli altri, le addotte difficoltà possono essere superate, obbligando i membri del consiglio, che siansi divisi sopra tre o più partiti, a ridursi a due sole opinioni, tra le quali deciderà la maggioranza assoluta dei voti, o, in caso di parità, la preponderanza legale del voto del giudice. In ogni modo quelle difficoltà, se anche fossero talvolta insuperabili, non costituirebbero che un inconveniente, l'allegare il quale non varrebbe a risolvere la questione; mentre poi più gravi ancora sarebbero gl'inconvenienti temibili dall'ammettere come sufficiente la maggioranza relativa dei voti. Quest'ultimo sistema, infatti, sarebbe tutt'altro che propizio all'interesse del minore, il quale potrebbe così rimanere abbandonato ad una risoluzione pronunciata con un numero di voti assai minore di quelli, in complesso, che si fossero divisi sopra più altre opinioni, e che sarebbero stati tutti contrari al partito, che pure rimarrebbe adottato, siccome avente il numero relativamente maggiore dei suffragi. D'altra parte la regola, che sia necessaria nelle deliberazioni la maggioranza assoluta dei voti, è quella che si osserva come fondamentale per ogni corpo deliberante, e non subisce altre eccezioni se non quelle che per particolari motivi siano stabilite da disposizioni espresse di legge.

Queste considerazioni giustificano dunque la massima adottata dal nostro codice. Ma resta a superarsi la difficoltà che nasce, nel caso in cui siansi formate in seno al consiglio tre diverse opinioni, o più, per ridurle a due sole; tra le quali abbia poi da decidere la maggioranza assoluta dei voti, e in caso di parità la preponderanza legale del

voto del pretore. Ed anche intorno a ciò si trovano profondamente divisi i pareri dei giureconsulti francesi. Pensarono alcuni doversi applicare la norma stessa dell'articolo 117 del codice di procedura civile francese, il quale per le sentenze prescriveva che se si formassero tra i giudici più di due opinioni, i votanti in numero minore dovessero unirsi ad una delle due opinioni che avessero riportato un maggior numero di suffragi (1). Ma pareva ad altri che questa disposizione dovesse riguardarsi come eccezionale, epperò non potesse estendersi per analogia. E ad ogni modo questo mezzo sarebbe stato talvolta insufficiente a risolvere la difficoltà; potendo essersi formate tre o più opinioni con numero eguale di voti per ciascuna, od anche potendo avvenire che i fautori dell'opinione avente un numero di voti minore si rifiutassero di aderire ad una delle altre. Vi era pertanto chi proponeva d'aggiungere in tal caso al consiglio uno o più nuovi membri, col voto dei quali si potessero risolvere in favore d'una delle opinioni in conflitto (2); chi si rassegnava a contentarsi allora della semplice *maggioranza relativa* (3); chi proponeva un ricorso al tribunale affinchè provvedesse nel modo che gli sembrasse più opportuno (4), e infine chi sosteneva spettare al giudice di pace aggiornare o prorogare la convocazione del consiglio di famiglia, e se occorresse, procedere ad una nuova costituzione del consiglio stesso, eliminandone coloro che colla persistenza nei loro voti ponessero ostacolo alla deliberazione (5).

Noi abbiamo nell'articolo 359 del nostro codice di procedura civile una disposizione, che la dottrina si è accordata nel ritenere applicabile anche qui per analogia (6).

(1) V. Marcadé, l. c.; Demolombe, t. VII, n. 314.
(2) V. Duranton, l. c.; Taulier, t. II, pag. 33.
(3) V. Marcadé, l. c.
(4) V. Demolombe, t. VII, n. 317.
(5) V. Aubry et Rau, t. I, § 94, n^a 14; Laurent, t. IV, n. 462, pag. 575.
(6) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 572 *bis*; Buniva, vol. II, pag. 237; Borsari, *Comm.*, art. 258, vol. I, § 580, pag. 918; Ricci, vol. II, n. 421.

Ivi è stabilito in primo luogo che “ le sentenze si formano “ a maggioranza assoluta di voti „. Poi si aggiunge: “ Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la “ diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, “ sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa “ è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, “ per decidere quale debba essere eliminata; e così di “ seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali “ i giudici votano definitivamente „.

Con questa maniera di procedere *per eliminazione*, obbligando in votazioni successive i membri del corpo deliberante ad escludere ciascuno quelle opinioni che più si allontanino dalla propria, finchè ne risultino accertate le due meglio accette alla maggioranza, è resa fortunatamente assai più facile e sicura la formazione della maggioranza assoluta dei voti sopra uno dei varii partiti che da principio si siano presentati. E poichè una tale regola, quantunque applicata espressamente dalla legge per la sola deliberazione nelle sentenze, non ha nulla che possa farla riguardare come eccezionalmente stabilita per esse sole, ma si presenta anzi come unico mezzo opportuno per riuscire a formare la maggioranza assoluta dei voti in ogni caso in cui ciò sia indispensabile in un'assemblea per giungere ad una deliberazione; non ci sembra quindi da esitare ad accogliere l'insegnamento della dottrina, che anche per le deliberazioni del consiglio di famiglia, quando vi si siano formate più di due opinioni, sia da applicare per analogia la regola dell'art. 359 del codice di procedura civile. Più frequentemente ne avverrà il caso quando si tratti della nomina del tutore, del protutore o del curatore, potendo facilmente disperdersi i voti su varii nomi. E allora il pretore metterà ai voti due di questi a sua scelta, per escluderne uno; successivamente porrà ai voti il nome non escluso con uno dei restanti, finchè siano ridotti a due soli, tra i quali il consiglio voterà definitivamente. Riconoscendo i pregi del sistema trovato dai nostri

legislatori, non si può però dissimularne un difetto. Nel processo di eliminazione, che si compie, avviene che delle due opinioni restanti in ultimo, una non abbia subìta la prova della votazione per esclusione, il che aumenta per essa, in confronto delle altre, le probabilità di riuscita. E siccome è in facoltà di chi presiede lo scegliere le due opinioni che mette ai voti per prime, onde escluderne una, e lo scegliere successivamente quella che pone ai voti colla non esclusa, è dato così in balìa del presidente il favorire una delle opinioni manifestatesi, ponendola in condizioni ineguali rispetto alle altre. Nel caso sovraccennato il pretore potrebbe porre ai voti per la eliminazione successivamente i nomi proposti da altri, riserbando ultimo quello preferito da lui, per porlo soltanto a votazione definitiva coll'ultimo rimasto non escluso. Parrebbe quindi prudente che quando nascesse dissenso sull'ordine della votazione, anche su di esso si facesse deliberare il consiglio.

L'altra regola dataci dall'art. 258 è che " *a parità di* " *voti quello del pretore avrà la preponderanza* ".

La quale preponderanza è dovuta da una parte alla necessità, nell'interesse del minore, di risolvere gli affari di lui, quand'anche sia reso impossibile l'ottenere una maggioranza assoluta di voti; dall'altra alla maggiore fiducia che meritava il voto del pretore, sia perchè questi è il capo del consiglio di famiglia, sia per la qualità sua di magistrato, sia perchè, a fronte degli altri componenti il consiglio, presenta sempre la garanzia di un perfetto disinteresse.

È da notarsi però che la formola usata dalla legge non equivale a dire che *il voto del pretore valga per due.* Intesa a questo modo tale massima, ne deriverebbe che nel caso di maggioranza assoluta determinata da un solo voto, dato in più per un partito al quale non avesse aderito il pretore, il voto di quest'ultimo contrapposto dall'altra parte rendesse uguali le condizioni per l'uno e per l'altro dei partiti tra i quali si divisero i voti. Ed allora la prevalenza

data al voto del pretore, ben lungi dal servire allo scopo per cui fu stabilita, di risolvere nell'interesse del minore una questione che non sarebbe decisa colla maggioranza assoluta dei voti dati dai componenti il consiglio, produrrebbe l'effetto opposto, chè renderebbe insoluto un affare intorno a cui si avrebbe di fatto la maggioranza assoluta dei voti. Non è, nè può essere così. Il voto del pretore non ha mai il valore di due dati dagli altri membri del consiglio. Se in una deliberazione di esso si forma la maggioranza assoluta, quantunque nella minoranza sia compreso anche il voto del pretore, ciò non altera punto la condizione delle cose, e la deliberazione s'intende presa validamente nel senso deciso dalla maggioranza assoluta ed effettiva dei voti. Solamente quando due opinioni contraddittorie abbiano ciascuna un numero eguale di voti, è adottata quella alla quale ha aderito il pretore, perchè il voto di lui, sebbene non equivalente a due degli altri, si considera però come preponderante, e ciò basta per rompere l'uguaglianza, e permettere di stabilire definitivamente una risoluzione.

72. Delle adunanze del consiglio di famiglia, e di tutto ciò che in esse sia fatto e deliberato, deve farsi constare da processi verbali redatti dal cancelliere del pretore. Le forme di questi processi verbali sono determinate dall'art. 812 del codice di procedura civile. Anche il codice civile contiene però su questo argomento qualche disposizione particolare.

Così l'articolo 256 prescrive che " nel processo verbale " della prima adunanza del consiglio di famiglia si enun- " cieranno i fatti da cui ciascuno dei suoi membri ripete " la propria qualità, e si dichiarerà se sia regolarmente " costituito ".

Altra volta dimostrammo essersi stabilita quest'ultima disposizione affinchè con una formale dichiarazione, susseguente al riconoscimento dei fatti da cui ciascuno dei

membri del consiglio ripete la propria qualità, fosse solennemente costituito il consiglio stesso, cominciassero a decorrere gli effetti che da quella legale costituzione debbono derivare, e si avesse un atto contro il quale gli aventi diritto potessero ricorrere per impugnare la formazione del consiglio, che reputassero illegittima, senza essere costretti ad attendere ch'esso emanasse qualche deliberazione sovra particolari oggetti d'interesse del minore, per attaccare allora tali deliberazioni, con danno forse del minore medesimo (1).

Quanto poi alla enunciazione dei fatti predetti, dai quali ciascuno dei membri del consiglio di famiglia ripete la propria qualità, è chiaro che essa è richiesta come base necessaria della dichiarazione che il consiglio sia regolarmente costituito, e affinchè su tali fatti sia richiamata la attenzione del consiglio stesso prima che esso emetta la surricordata dichiarazione.

Un'altra disposizione del codice civile, che non è limitata al solo processo verbale della prima adunanza del consiglio, ma è generale, si trova nell'art. 260.

“ Quando — ivi è detto — la deliberazione non è presa “ all'unanimità, si farà menzione nel processo verbale *del-* “ *l'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia* „.

E il motivo di tale prescrizione si rileva facilmente dal contenuto del paragrafo successivo del medesimo articolo, dove è disposto che i membri del consiglio rimasti in minoranza possono impugnare la deliberazione innanzi al tribunale, in contraddittorio di quelli che l'hanno votata. È chiaro infatti che per l'applicazione di quest'ultima disposizione era necessario far constare ufficialmente quali fossero i membri del consiglio che avessero votato in favore o contro la deliberazione impugnabile; acciocchè ne risultasse chi potesse sostenere la parte di attore, e chi dovesse subire quella di convenuto.

(1) V. sopra, n. 60, pag. 218 e seg.

Una disposizione simile a quella del primo paragrafo del nostro art. 260 era scritta nel cod. di proc. civile francese all'art. 883, al. 1°. Il quale aveva fatto sorgere la questione: se nell'enunciare le opinioni dei diversi membri del consiglio, fosse necessario di esprimerne anche *i motivi*. La dottrina però era concorde nello escludere questa necessità (1). La questione fu risollevata presso noi, e si manifestò un'opinione contraria (2). Si disse che la necessità di esprimere i motivi si desume dalla lettera e dalla ragione della legge. " Dalla lettera, poichè *far menzione* " *dell'opinione di ciascun membro* non è solamente dichia- " rare il risultato del voto e il nome, ma anche quello che " è l'opinione, cioè la causa da cui procede, il giudizio " insomma complesso dell'uomo. Dalla ragione, perchè " importa poco il sapere che Tizio ha detto *sì* e Caio ha " detto *no*, coll'oracolo di un giurato; ciò che importa è di " sapere *per quale motivo*, stando nel motivo l'apprezzabi- " lità della sua opinione ".

Nessuno al certo vorrebbe contestare l'utilità, in generale almeno, di esprimere nel processo verbale non solamente il voto individuale di ciascuno degli intervenuti ad una deliberazione non presa all'unanimità, ma eziandio i motivi. La questione però è di vedere se ciò sia necessario, o, in altri termini, se la mancanza di esprimere nel processo verbale i motivi dell'opinione di ciascun membro del consiglio importi irregolarità della deliberazione; chè altrimenti non si vedrebbe uno scopo sufficiente di questa disputa. Ora, ciò non essendo dichiarato testualmente dalla legge, bisognerebbe vederlo risultare virtualmente dai motivi di essa. Si è osservato bensì che una opinione comprenda necessariamente anche la causa da cui procede. Ma se è vero che una opinione, un giudizio formato intorno ad una cosa dubbia debba muovere da qualche ragione

(1) V. Demolombe, t. VII, ni 318, 319; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 95, n. 7; Laurent, t. IV, n. 463.

(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 580, pag. 918.

almeno apparente, ciò non implica che la menzione di quel giudizio non possa farsi senza esprimerne insieme i motivi. Si è aggiunto — e ciò sarebbe decisivo — che la utilità vera del disposto in questo articolo 260, § 1, consisterebbe unicamente nel far conoscere le ragioni per le quali ciascun membro del consiglio abbia opinato in uno o in altro senso, mentre a nulla gioverebbe il sapere soltanto quale voto sia stato dato da ognuno di essi. Ma qui appunto sta, a parer nostro, l'errore. Lo scopo della disposizione non è di porre in grado il tribunale, davanti a cui possa essere impugnata la deliberazione non presa ad unanimità, di apprezzare le ragioni sulle quali siano fondati gli opposti pareri. E in verità, qual bisogno vi sarebbe, sotto questo aspetto, che i motivi dei voti risultassero dal processo verbale, mentre coloro stessi che hanno votato in un senso o nell'altro staranno a fronte come parti in giudizio, e dovranno quindi esporre e svolgere ampiamente le ragioni a cui si appoggiano gli uni per impugnare, gli altri per difendere la presa deliberazione? Lo scopo della disposizione è unicamente — come già accennammo — di far constare ufficialmente quali dei membri del consiglio appartengono alla maggioranza che ha fatto trionfare la deliberazione, e quali alla minoranza che ha soccombuto; affinchè ne risulti chi possa rendersi attore nel giudizio di impugnazione, e chi debba sostenere in contraddittorio le parti di convenuto. E che sia così, lo dimostra anche la relazione che la legge stessa ha posto tra le due parti di questo articolo 260, facendo in tal modo comprendere che le menzioni richieste dal primo paragrafo di esso debbono servire per l'applicazione del disposto del paragrafo successivo, che ammette i membri della minoranza dissenziente ad impugnare la deliberazione in contraddittorio di coloro che l'hanno approvata. Ora, è evidente che per un tal fine ciò che importa è proprio soltanto di sapere chi abbia detto *sì* e chi abbia detto *no*.

Neppure potrebbesi argomentare per analogia da ciò che dispone la legge circa le sentenze, le quali debbono, sotto pena di nullità, contenere, fra l'altro, *i motivi in fatto e in diritto* (art. 360, n. 6, 361, n. 2, cod. proced. civile). Innanzi tutto mal si argomenterebbe per analogia in materia di irregolarità per mancanza di forme; eppoi la analogia non sussiste, nulla avendo di comune colle sentenze le deliberazioni d'un consiglio di famiglia. Per le quali, del resto, solo quando *non siano prese all'unanimità* si richiede la menzione nel processo verbale dell'opinione di ciascun membro del consiglio, mentre se si avesse da applicare per analogia la regola che le sentenze debbono contenere i motivi, l'argomento varrebbe ugualmente anche per le deliberazioni che fossero prese all'unanimità.

La generalità del testo dell'articolo 260, § 1, e i motivi di esso, che abbiamo accennati, resistono del pari a poter ammettere la distinzione, che alcuni vorrebbero fare, tra le deliberazioni soggette o no all'omologazione del tribunale (art. 301 cod. civ.); pretendendo che per quelle sole che vi sono soggette occorresse di dover esprimere nel verbale l'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia. Questa prescrizione essendo diretta soltanto a servire per la impugnazione, che più tardi avesse a farsi dai dissenzienti, della deliberazione non presa all'unanimità, e potendo essi impugnarla quand'anche non sia di quelle per le quali è necessaria l'omologazione, ed anzi essendovi allora maggior interesse per farlo, è troppo chiaro che anche in tal caso dev'essere applicabile la regola che nel processo verbale abbiasi a menzionare l'opinione di ciascuno dei membri del consiglio (1).

Prima di lasciare questo argomento, ci è d'uopo rispondere ad un altro quesito. I processi verbali delle deliberazioni del consiglio sono pubblici? Il cancelliere del pretore sarebbe tenuto a rilasciarne gli estratti a richiesta di chi

(1) V. Aubry et Rau, l. c., nª 6; Borsari, l. c.

potesse averne interesse? La risposta è assai facile. Le deliberazioni del consiglio di famiglia, riguardanti unicamente gl'interessi privati del minore, non hanno carattere di atti pubblici. I terzi, per quanto potessero esservi interessati, non avrebbero dunque alcun diritto di richiedere gli estratti di questi processi verbali (1). D'altronde a ciò che possa legittimamente interessare a terze persone è provveduto abbastanza dalla nostra legge, mediante l'istituzione dei *registri delle tutele*, nei quali devesi anche annotare l'*oggetto delle deliberazioni prese dal consiglio* (art. 345 cod. civile).

§ III. — *Caratteri ed effetti degli atti del consiglio di famiglia o di tutela. Mezzi con cui tali atti possono essere impugnati.*

Sommario. — 73. Caratteri ed effetti diversi che gli atti del consiglio di famiglia o di tutela possono assumere, secondo la differente loro specie. — 74. Le deliberazioni del consiglio non hanno mai carattere di atti pubblici, nè equivalgono a giudicati. Conseguenze di questi principii. — 75. Esecutorietà delle deliberazioni del consiglio. Distinzione tra i casi in cui esse siano o non siano soggette ad omologazione. — 76. Caratteri ed effetti giuridici della omologazione. Persone che debbono o possono promuoverla od opporvisi. Termini e forme da osservarsi nella istanza e nelle opposizioni. — 77. Principii generali intorno alle cause per le quali possono essere impugnabili gli atti del consiglio di famiglia o di tutela, ed ai mezzi di tale impugnazione. — 78. (I) Come possa essere impugnata la costituzione stessa del consiglio di famiglia o di tutela. — 79. Per quali cause speciali possa farsi luogo a tale impugnazione. — 80. A quali persone spetti la facoltà di promuovere ricorso a tale uopo, e contro chi possa essere diretto. — 81. Tempo e modo per la presentazione del reclamo. — 82. Effetti derivanti dall'ammissione del ricorso. — 83. (II) Considerazioni generali intorno all'impugnazione delle deliberazioni del consiglio, per impedire l'esecuzione di esse, e intorno alle cause per cui tale impugnazione può aver luogo. — 84. (*a*) Regola generale stabilita dall'articolo 260, § 2, in proposito del ricorso contro le deliberazioni del consiglio per ragioni di merito. Se per l'ammissibilità di tale ricorso sia condizione indispensabile che la deliberazione impugnata non sia stata presa ad unanimità. — 85. Generalità della disposizione del predetto articolo 260, § 2. Conseguenze di tale generalità. Se siano ammissibili limitazioni, e quali. — 86. Persone dalle quali può essere

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 302; Laurent, t. IV, n. 459.

promosso il ricorso con cui si impugnino in merito le deliberazioni non unanimi del consiglio di famiglia o di tutela. — 87. Facoltà di ricorso conceduta dalla legge al tutore, al protutore e al curatore. — 88. Sotto quali condizioni possano i consulenti impugnare nel merito le deliberazioni prese dal consiglio. — 89. Azione conceduta al ministero pubblico. Condizioni necessarie perchè esso possa esercitarla. — 90. Persone contro le quali è da promuoversi il ricorso con cui s'impugnino nel merito le deliberazioni del consiglio. — 91. Entro qual termine debba essere proposto il ricorso, e quali siano le forme del procedimento. — 92. Quali effetti derivino dalla interposizione del ricorso, e dalla decisione che lo accolga. — 93. (*b*) Principii generali relativi alla impugnazione delle deliberazioni del consiglio di famiglia, allo scopo d'impedire che siano eseguite; la quale impugnazione si fondi sulla incompetenza o sulla irregolare costituzione del consiglio stesso. — 94. Da quali e contro quali persone possa essere promosso il ricorso per le cause preaccennate. — 95. Entro qual tempo e con quali forme debba esercitarsi l'azione. Effetti dell'ammissione di essa. — 96. (*c*) Principii generali relativi alla impugnazione degli atti del consiglio di famiglia, per impedire che vengano eseguiti, quando tale impugnazione si fondi sopra difetti di forma nella convocazione e nella deliberazione. In quali casi, per le cause predette, le deliberazioni del consiglio abbiano a considerarsi come *inesistenti giuridicamente*. — 97. Regole per determinare i casi di annullabilità degli atti del consiglio a cagione di vizii di forma nella convocazione e nella deliberazione. — 98. Regole comuni all'impugnazione degli atti del consiglio per incompetenza o irregolare costituzione di esso, e per difetti di forma nella convocazione e nella deliberazione. — 99. (III) Principii generali intorno al potersi impugnare gli atti che siano stati compiuti in esecuzione di deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela. Cause per le quali tale impugnazione può essere ammissibile. — 100. Da quali e contro quali persone possa esercitarsi l'azione per impugnare gli atti fatti in virtù di deliberazioni del consiglio nulle per vizii di forma. — 101. In qual tempo e con quali forme possa esercitarsi l'azione di nullità contro quegli atti; e quali effetti derivino dalla dichiarazione giudiziale di tale nullità.

73. Accennammo altrove i differenti uffici, ai quali, conformemente allo scopo stesso di sua istituzione, può essere chiamato il consiglio di famiglia (1). Conseguentemente sono da distinguersi gli atti, ch'esso può emanare, in *pareri* e *deliberazioni;* e queste si suddividono in *precettive* e *autorizzanti.* Si può aggiungere che tra le deliberazioni precettive alcune consistono in risoluzioni esecutorie per sè medesime — salvo il diritto di richiamo, che per certi casi la legge conceda contro di esse, richiamo da por-

(1) V. sopra, n. 43, pag. 144 e seguenti.

tarsi davanti al tribunale — come avviene nella nomina, esclusione o rimozione del tutore o del protutore, che sia pronunciata dal consiglio; nella emancipazione che esso faccia del minore, nella nomina d'un tutore temporaneo ai figli minori lasciati da un presunto assente, e in altri casi simili; mentre l'esecuzione di altre deliberazioni del consiglio è affidata al tutore, dal quale dev'essere curata sotto la responsabilità sua, come si verifica per quelle con cui sia stabilito il luogo nel quale il minore debba essere allevato, e quale educazione convenga dargli (art. 278 cod. civ.), con cui sia ordinato ciò che debba farsi dei valori in numerario e in carte al portatore, o degli oggetti preziosi che si trovino nel patrimonio del minore (art. 287 cod. civ.), con cui sia determinata la spesa annua pel mantenimento e per l'educazione ed istruzione del minore, e la somma da cui debba cominciar l'obbligo al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite, e sia ordinato il tempo e il modo dell'impiego (art. 291 cod. civ.), ecc.

Dalle quali cose è facile rilevare la differenza di caratteri e di effetti giuridici, che sta tra i diversi atti preaccennati del consiglio di famiglia o di tutela. I pareri non sono che la manifestazione dell'opinione del consiglio intorno ai quesiti che gli vengono sottoposti dall'autorità giudiziaria o dal tutore. È certo pertanto che per la loro stessa natura questi atti del consiglio non possono avere alcun carattere precettivo, alcun effetto obbligatorio. Ciò è manifesto, più che per qualunque altro caso, in quello che il tutore stesso abbia provocata, a norma dell'art. 257, la convocazione del consiglio, allo scopo di consultarlo intorno ad affari dell'amministrazione. E già notammo, nel luogo sopra citato, che il consiglio non avrebbe in tali casi neppure l'obbligo di pronunciarsi sui quesiti sottopostigli; e che quando pure emettesse il parere richiestogli, questo non vincolerebbe il tutore ad attenervisi, nè lo libererebbe assolutamente dalla responsabilità per gli atti che avesse compiuti in osservanza di esso, salvo soltanto il doversi

tener conto, nel valutare tale responsabilità, della buona fede e della diligenza che il tutore avrebbe dimostrata chiedendo l'avviso del consiglio e conformandosi ad esso. Tanto è lungi dunque che ai pareri del consiglio di famiglia o di tutela possa in tali casi attribuirsi un carattere precettivo, una virtù obbligatoria! Lo stesso deve ripetersi per quei pareri che al consiglio siano chiesti *facoltativamente* dall'autorità giudiziaria, come, ad es., può fare il tribunale prima di ordinare la rettificazione di atti dello stato civile (art. 845, § 2, cod. proc. civ.). Tali pareri non hanno altro scopo che di offrire al tribunale più particolari ed intime informazioni, più sicuri elementi per la decisione che ha da pronunziare; nella quale, come sarebbe strano il dubitare ch'esso avesse a rimaner vincolato in qualunque modo dal parere domandato e ottenuto, così è certissimo che questo non può avere altra efficacia fuor di quella che gli derivi dalle ragioni a cui si appoggi, l'apprezzamento delle quali appartiene al tribunale stesso. Ma se anche sia caso in cui il parere del consiglio di famiglia o di tutela *debba* essere chiesto — come quando si tratti dell'interdizione promossa contro una persona (art. 327 cod. civ., 837 codice proc. civ.) o d'istanza per la rivocazione della interdizione pronunziata (art. 842 cod. proc. civ.) — quel parere è bensì *necessario*, come parte integrante del procedimento per l'istruzione della causa; ma non cangia perciò il proprio carattere di atto puramente consultivo. E com'è troppo evidente che essendo favorevole alla domanda d'interdizione non potrebbe vincolare in nessun modo il tribunale, a cui solo spetta il decidere dopo aver sentita in interrogatorio la persona da interdirsi, così è certo del pari che dato in senso contrario non impedirebbe tuttavia che il tribunale potesse procedere oltre nell'istruzione, lasciando luogo all'interrogatorio, e pronunziare poi l'interdizione, quasichè di questa fosse condizione legale indispensabile il parere conforme del consiglio di famiglia o di tutela.

Le deliberazioni *precettive*, per questo stesso loro carattere, hanno effetti obbligatorii, che traggono dalla legge in virtù della quale sono emanate. Quelle di esse che sono per sè medesime esecutorie producono obbligazioni a carico di coloro che dipendentemente da quelle deliberazioni si trovano costituiti, a norma di legge, in determinati rapporti giuridici verso il tutelato. E per esempio, la nomina di un tutore, fatta dal consiglio di famiglia o di tutela, obbliga la persona nominata ad esercitare l'ufficio che le è conferito, e la rende responsabile dei danni che possano derivare dalla omissione di adempiere il mandato, non meno di quelli che possano dipendere da mala gestione; come l'esclusione o rimozione, che il consiglio abbia pronunziato contro il tutore, obbliga costui a cessare dalle funzioni di cui era investito, dal momento in cui abbia avuto legalmente notizia dell'atto che gliele ha tolte.

Le deliberazioni poi che aspettano la loro esecuzione dall'opera del tutore — come quelle concernenti l'educazione da darsi al minore, la somma annua da destinarsi a ciò, l'impiego dei valori in numerario, e simili — producono, com'è naturale, a carico del tutore medesimo le obbligazioni corrispondenti per tale esecuzione, e la responsabilità pel risarcimento dei danni che dall'inadempimento di esse potessero derivare.

Le *deliberazioni* di *autorizzazione* non sono che *forme abilitanti* necessarie per la validità di certi atti del tutore, specialmente determinati dalla legge. È chiaro quindi che il loro effetto deve limitarsi ad attribuire al tutore la capacità giuridica, che altrimenti non avrebbe, a rappresentare legalmente il tutelato in un determinato atto; ma non può derivarne pel tutore medesimo alcuna speciale obbligazione, che già non gl'incombesse per ragione dell'ufficio suo relativamente all'atto pel quale l'autorizzazione è stata data. Così non potrebbe riguardarsi come tenuto il tutore a fare un impiego di capitali, una vendita od un acquisto di beni, una cessione di credito, od altro, per ciò solo che

ne avesse chiesta ed ottenuta l'autorizzazione dal consiglio di famiglia, s'egli riconoscesse più tardi che quegli atti non convenissero all'interesse del minore; nè i terzi interessati a quegli atti avrebbero azione per costringere il tutore a devenirvi, fondandosi sull'autorizzazione emanata dal consiglio di famiglia o di tutela. Che anzi l'autorizzazione ottenuta non libererebbe il tutore da ogni responsabilità pei danni che al minore potessero essere derivati dagli atti compiuti in conformità dell'autorizzazione stessa, sebbene la responsabilità di lui dovesse per tale circostanza essere apprezzata meno rigorosamente. Certo è infatti che l'avere agito in virtù di un'autorizzazione legale allontana la probabilità di poter dimostrare che il tutore abbia mancato a quella diligenza di buon padre di famiglia a cui egli era tenuto. Ma se ciò riuscisse nondimeno provato, il tutore ne sarebbe responsabile, secondo le norme comuni. Ciò stesso conferma dunque che egli non è obbligato ad eseguire l'atto per ciò solo che il consiglio di famiglia ne abbia data l'autorizzazione. Non è dubbio che il non averlo compiuto, quando fosse necessario od utile per l'interesse del minore, potrebbe esporre il tutore a dover risarcire i danni che fossero derivati da quella omissione; ma ciò perchè l'atto medesimo, a cagione della sua necessità od utilità, e della diligenza di buon padre di famiglia che il tutore doveva impiegare negli affari del minore, era in sè obbligatorio pel tutore stesso, non perchè fonte di tale obbligazione fosse per lui l'atto di autorizzazione del consiglio di famiglia. Quest'autorizzazione, in onta alla quale il tutore abbia mancato di agire, aggrava veramente la colpa di lui; ma non è propriamente la contravvenzione alla deliberazione del consiglio che lo renda responsabile.

74. Dopo avere accennato ai caratteri ed agli effetti che sono proprii degli atti del consiglio di famiglia o di tutela, secondo la differente indole che essi possono avere, non sarà inopportuno rammentare altri caratteri ed effetti

che, al contrario, sono assolutamente da escludersi rispetto a quegli atti.

E già altrove avemmo occasione di osservare come i pareri e le deliberazioni del consiglio non possano riguardarsi intrinsecamente quali *atti pubblici* (1). *Intrinsecamente*, dicemmo: perocchè per la parte estrinseca, quanto cioè al mezzo di prova, ai processi verbali con cui il cancelliere del pretore deve far constare delle deliberazioni prese dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 812 cod. proc. civile) non par dubbio che anche quei processi verbali debbano ritenersi compresi tra gli *atti pubblici*. Questa qualificazione appartiene a *qualunque atto che sia ricevuto, colle formalità richieste dalla legge, da un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire a quell'atto la pubblica fede* (articolo 1315 codice civile). Ora, il cancelliere del pretore è pure un funzionario pubblico, al quale la legge attribuisce anche questa speciale missione di costituire in appositi documenti la prova legale delle deliberazioni prese dal consiglio di famiglia o di tutela. Ai processi verbali di quelle deliberazioni è dunque attribuita la pubblica fede. Ma se in questo senso, limitato alla forma estrinseca ed al mezzo di prova, può dirsi che *il documento*, da cui risulta la deliberazione del consiglio, sia da riguardarsi come un atto pubblico, *la deliberazione* però in sè stessa, l'atto compiuto dal consiglio medesimo prendendo, ordinando o autorizzando qualche provvedimento per l'amministrazione tutelare, non ha alcun carattere di pubblico, poichè ciò che ne forma oggetto non è d'interesse generale, ma d'interesse puramente privato della persona soggetta a tutela; e se viene consegnato in un processo verbale compilato da un pubblico funzionario, ciò è solo per servir meglio agl'interessi appunto della tutela coll'autenticità stessa dei mezzi di prova degli atti che la riguardano, e non per abbandonare al pubblico il segreto delle deliberazioni del

(1) V. sopra, n. 72, pag. 270.

consiglio. Da tali considerazioni si dedusse, nel luogo sopra citato, la conseguenza che il cancelliere non sia obbligato nè autorizzato a rilasciare, sovra richieste di terze persone, benchè interessate, gli estratti delle deliberazioni prese dal consiglio (1). Nè contro questa massima sarebbe giusto opporre la disposizione dell'art. 916 del codice di procedura civile, la quale, stabilendo la regola che " i cancellieri " e i depositari di *pubblici registri* sono tenuti, eccettuati i " casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne " faccia richiesta le copie e gli estratti degli *atti giudiziali* " da essi ritenuti ", non può essere applicabile al caso presente, in cui non si tratta di *atti giudiziali*, nè di atti da trascriversi sopra registri che la legge dichiari *pubblici*.

Motivi simili giustificano parimente l'altra massima, da niuno contestata, che le adunanze del consiglio di famiglia non sono pubbliche (2). La regola dell'art. 52 del codice di procedura civile, che stabilisce dover essere pubbliche, sotto pena di nullità, le udienze dell'autorità giudiziaria, non presenta, com'è evidente, alcuna analogia con questa materia, in cui non si tratta dell'autorità giudiziaria che renda giustizia a parti contendenti, ma di una assemblea famigliare che prende determinazioni riguardanti gl'interessi privati d'un incapace.

Quest'ultima riflessione apre la via ad un'altra avvertenza, riguardante anch'essa i caratteri che non possono ammettersi negli atti del consiglio di famiglia o di tutela. Tutti consentono nel riconoscere che tali atti non sono paragonabili ai giudicati; ed è evidente, poichè non si tratta di dirimere controversie dichiarando da qual parte stia il diritto tra più contendenti, ma di prendere risoluzioni, sia disponendo, sia autorizzando, intorno ad interessi riguardanti la persona e i beni del minore, intorno ai modi più

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 302; Aubry et Rau, t. I, § 95, n. 5; Laurent, t. IV, n. 459.

(2) V. Demolombe, t. VII, n. 301; Aubry et Rau, t. I, § 94, n. 9; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 574.

acconci per provvedere alla protezione ed all'educazione di lui ed all'amministrazione del suo patrimonio. Da ciò deriva pertanto che nè le attribuzioni del consiglio di famiglia possano riguardarsi come costituenti un grado di giurisdizione, nè agli atti da esso emanati si possa attribuire l'autorità di cosa giudicata. E del primo di questi principii è una conseguenza ulteriore che quando — secondo le norme che verremo appresso esponendo — vi sia luogo ad impugnare le deliberazioni prese dal consiglio, il giudizio, che s'impegna a tal uopo davanti al tribunale, abbia a riguardarsi come costituente il primo grado di giurisdizione, e contro la sentenza, che il tribunale stesso pronunci, si possa quindi appellare, come è espressamente dichiarato nell'ultimo paragrafo dell'articolo 815 cod. proc. civile.

Dal secondo poi dei ricordati principii segue ancora che qualunque deliberazione presa dal consiglio di famiglia, finchè non sia stata eseguita, possa essere revocata o modificata dal consiglio medesimo; senzachè faccia ostacolo la massima fondamentale in materia di giudicati, che non sia mai lecito all'autorità giudiziaria di ritornare sulle proprie decisioni, se non nei casi di eccezione che siano espressamente stabiliti dalla legge.

75. Le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela — bene inteso, le vere deliberazioni, non i semplici pareri — quando siano emanate in materia di competenza del consiglio predetto, e colle condizioni e nelle forme volute, a pena di nullità, dalla legge, hanno in sè medesime la virtù necessaria per essere senz'altro eseguite. Nè intorno a ciò vi è luogo a distinguere tra le diverse specie di deliberazioni. Vi hanno casi, già sopra indicati, in cui queste sono esecutorie per sè stesse, indipendentemente dall'opera del tutore, com'è della nomina, esclusione o rimozione di lui o del protutore, della emancipazione del minore, ecc. Ve ne sono altri nei quali l'eseguimento della

deliberazione deve essere curato dal tutore; e tuttavia l'effetto giuridico di esse, e la loro obbligatorietà a carico del tutore medesimo, è una emanazione immediata e diretta del potere conferito dalla legge al consiglio. Le deliberazioni, infine, di autorizzazione — non ostante che, come vedemmo, non ne derivi alcuna speciale obbligazione a carico del tutore — producono però per sè stesse l'effetto giuridico, che è loro naturale, di abilitare il tutore medesimo a rappresentare legalmente il minore in quel determinato atto (1); lo producono per ciò solo che sono emanate dal consiglio di famiglia o di tutela, a cui la legge attribuiva il potere necessario per autorizzare quell'atto.

Tutto ciò per altro non costituisce veramente che la regola generale; a cui nondimeno è fatta eccezione per alcuni casi specialmente determinati dalla legge, nei quali le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela non possono essere esecutorie, se non quando siano state *omologate dal tribunale*. E simili eccezioni si riscontrano sì per alcune delle deliberazioni precettive, che delle autorizzanti; e per le prime, tanto fra quelle che sono esecutorie per sè medesime, quanto fra le altre la cui esecuzione è obbligatoria pel tutore. Così sono soggette ugualmente all'omologazione del tribunale le deliberazioni con cui il consiglio di famiglia, a voti non unanimi, dispensi dall'ufficio, sopra loro domanda, il tutore, il protutore o il curatore (art. 276 cod. civ.), e quella con cui liberi il tutore dalla cauzione, o conceda che si cancelli o si restringa la iscrizione della ipoteca presa a carico di lui (art. 292 e 293 cod. civ.) — deliberazioni, queste, che sono esecutorie per sè medesime —; quelle con cui richieda dal tutore la cauzione dalla quale fosse stato dispensato, od estenda l'iscrizione ipotecaria ch'era stata presa (detto art. 293), e quella con cui, per evidente utilità del minore, determini doversi continuare l'esercizio di stabilimenti di commercio o d'industria

(1) V. sopra, n. 73, pag. 276 e seg.

compresi nel patrimonio di lui (art. 299 cod. civ.) — delle quali deliberazioni spetta l'eseguimento al tutore — ; e quelle infine con cui siano autorizzati atti di alienazione, di pegno od ipoteca dei beni del minore, di mutui passivi, di transazioni, compromessi e divisioni, nelle quali sia interessato il minore medesimo (art. 301 cod. civ.).

Vedemmo pure in altra maniera essere soggette all'omologazione del tribunale le deliberazioni colle quali il consiglio di famiglia abbia dispensata la madre dalle condizioni a lei imposte per testamento o per atto autentico dal padre per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni (art. 235, § 3, cod. civ.); o nel caso del passaggio della madre a nuove nozze, l'abbia privata dell'amministrazione dei beni, o le abbia stabilite condizioni riguardo alla stessa amministrazione ed alla educazione dei figli (art. 237 codice civile); od essendo la madre decaduta di diritto dalla amministrazione, a norma dell'art. 238 cod. civ., le abbia stabilite condizioni per l'educazione dei figli, nominando un curatore ai loro beni, od abbia invece riammessa alla amministrazione la madre medesima (1).

Ma rientrando nei limiti dell'argomento attuale, riguardante la tutela, dobbiamo notare che appunto perchè le disposizioni di legge, le quali richiedono per certi atti del consiglio di famiglia o di tutela l'omologazione del tribunale, formano eccezioni alla regola generale, secondo cui le deliberazioni del consiglio hanno in sè stesse la forza giuridica necessaria per poter essere mandate senz'altro ad esecuzione; segue da ciò stesso, senz'alcun dubbio possibile, che le preaccennate disposizioni di legge non possono essere estese per analogia ad altri casi fuor di quelli che vi sono espressamente contemplati, devono riguardarsi come *tassative*. Epperò fu generalmente respinta l'opinione proposta da qualche scrittore, che avessero da ritenersi soggette all'omologazione dell'autorità giudiziaria tutte

(1) V. vol. VII, n. 316, pag. 900; n. 322, pag. 913; n. 326, pag. 921.

quelle deliberazioni che riguardassero atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione ordinaria. È troppo chiaro che si creerebbe così arbitrariamente una massima generale, sostituendola a quelle particolari disposizioni colle quali il legislatore limitò ad alcuni casi espressamente determinati la necessità della omologazione giudiziaria (1). Di ciascuno di questi casi ci riserbiamo di parlare singolarmente allorchè ci accadrà di dover commentare le corrispondenti disposizioni del codice. Frattanto ci limiteremo qui ad esporre le regole generali, che possono ricavarsi sì dalle disposizioni del codice civile, che da quelle del codice di procedura civile, intorno ai caratteri giuridici ed agli effetti della omologazione; alle persone che possono promuoverla o possono opporvisi; alle facoltà spettanti al tribunale chiamato ad omologare.

76. L'*omologazione* — come lo indica la parola stessa — non è altro che l'approvazione data dall'autorità giudiziaria competente ad un atto del consiglio di famiglia o di tutela, per attribuire a tale atto quella efficacia giuridica, che a norma di legge non potrebbe avere di per sè solo, ed imprimergli la forza esecutoria. Da ciò è facile trarre quali siano veramente i caratteri distintivi e gli effetti giuridici di questa omologazione. Essa è un atto di *mera giurisdizione volontaria*, diretto a guarentire maggiormente, mediante l'approvazione data dall'autorità giudiziaria a certe deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, tassativamente designate dalla legge, la protezione della persona e la buona amministrazione dei beni del minorenne; è quasi il complemento legale di quelle deliberazioni. Il suo effetto consiste soltanto nel rendere pienamente efficace e legalmente esecutorio ciò che fu prima stabilito dal consiglio.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 325; Aubry et Rau, t. I, § 95, n. 9; Laurent, t. IV, n. 464.

Dicemmo che l'omologazione non è che un atto di giurisdizione volontaria, d'intervento dell'autorità giudiziaria, richiesto dalla legge per la più efficace protezione degl'interessi del minore. Ed è infatti assai ovvio rilevare il grave errore che commetterebbe chi pensasse di trovarvi gli estremi d'un giudicato, con cui il tribunale riconoscesse e dichiarasse l'efficacia legale della deliberazione presa dal consiglio di famiglia o di tutela. Nel procedimento, che si compie davanti al tribunale per ottenere l'omologazione dell'atto del consiglio, non vi è nulla che si attenga a giurisdizione contenziosa; nè si disputa intorno alla validità o nullità della deliberazione presa dal consiglio medesimo; ma consideratala come valida, si ricerca l'adempimento d'una nuova formalità abilitante, di cui la legge esige eccezionalmente l'aggiunta, affinchè possa poi effettuarsi validamente quell'atto del quale si domanda l'approvazione. Dopo ciò è chiaro che l'omologazione non potrebbe mai valere come mezzo per convalidare la deliberazione del consiglio; non potrebbe, cioè, sanare i vizii di nullità di cui questa deliberazione fosse infetta. Non è che una formalità di più, che vi si deve aggiungere per renderla legalmente efficace; ma l'adempimento di tale formalità non può supplire, com'è evidente, ad altre condizioni intrinseche od estrinseche, le quali manchino, secondo la legge, alla validità di quella deliberazione considerata in sè medesima; epperò se essa è per qualsiasi causa nulla, rimane tale, non ostante l'omologazione (1).

Aggiungemmo che l'omologazione può riguardarsi come il complemento legale della deliberazione presa dal consiglio di famiglia o di tutela. Ed anche la verità di questa proposizione è manifesta per ciò stesso che esponemmo superiormente. La sola deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela è per sè insufficiente, in quei casi di eccezione nei quali la legge richiede l'omologazione del

(1) V. Laurent, t. IV, n. 464, pag. 578.

tribunale, senza la quale non potrebbe avere piena efficacia giuridica, nè la forza necessaria per far luogo senz'altro alla sua esecuzione. Bisogna che ottenga la sanzione della autorità giudiziaria, la quale, riconoscendola conforme all'interesse del minore, l'approvi e le attribuisca con ciò il carattere esecutorio. “ È una guarentigia aggiunta ad “ un'altra — ha detto molto opportunamente il Borsari — “ e la loro forza consiste nella conformità dei deliberati „. Di qui deriva assai naturalmente che il tribunale non possa esimersi dall'occuparsi del merito della deliberazione che è chiamato ad omologare; chè anzi è questo particolarmente l'ufficio suo nella specialità della soggetta materia. Certamente non è da escludere che il tribunale, innanzi di concedere la chiesta omologazione, possa estendere le sue indagini anche sulle forme della deliberazione che gli è sottoposta, e riconoscendola mancante di quelle che sarebbero necessarie per la sua validità, abbia a respingerla affinchè sia rinnovata in forma regolare. Troppo evidentemente assurdo sarebbe il pretendere che l'autorità giudiziaria fosse tenuta a dare la propria sanzione ad un atto che le apparisse esser nullo. Ma l'ufficio speciale, a cui è chiamato il tribunale in questi casi, non è propriamente di giudicare sulla validità o nullità della deliberazione presa dal consiglio di famiglia o di tutela, e di cui si chiede l'omologazione; bensì di pronunciarsi sulla convenienza di quella deliberazione per l'interesse del minore, e approvarla o disapprovarla nel merito. Cosicchè l'autorità giudiziaria non soddisferebbe per certo alla missione sua in questa parte, qualora si limitasse a proclamar valida per la forma la deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, e ne ordinasse quindi l'esecuzione, senza entrare nel merito della deliberazione stessa; come d'altro lato, se, occupandosi esclusivamente della sostanza di essa, la omologasse non ostante qualche difetto di forma che la viziasse rendendola invalida, ciò non gioverebbe — già l'osservammo di sopra — per riparare a tale nullità. Ed anzi fu

giustamente notato che " l'omologazione non darebbe nep-
" pur fondamento alla presunzione semplice che nella de-
" liberazione del consiglio fossero state adempite le forma-
" lità prescritte dalla legge „ (1), appunto perchè il mandato dell'autorità giudiziaria, chiamata ad omologare tali deliberazioni, riguarda la sostanza piuttostochè la forma esteriore di esse.

Dallo stesso principio, che l'omologazione del tribunale non sia che il complemento legale della deliberazione del consiglio, e sia indispensabile la piena conformità dell'una e dell'altra sovra un identico oggetto d'interesse del minore, discende ancora un'altra conseguenza, ed è questa: che il tribunale possa soltanto approvare o disapprovare ciò che sia stato stabilito dal consiglio, non cangiare sostanzialmente la deliberazione di questo. Una regola opposta condurrebbe infatti al risultato, che mentre per far luogo a certi atti speciali nell'interesse del minore la legge richiede che concorrano la risoluzione del consiglio di famiglia o di tutela e l'approvazione del tribunale, si ritenesse invece bastante che quest'ultimo avesse d'ufficio ordinato un determinato provvedimento, senza che il consiglio lo avesse adottato, od anche contro l'avviso da questo espresso.

Un nostro scrittore, accettando pure la massima che
" il tribunale non fa che approvare, o nega la sua appro-
" vazione „ soggiunge però che " approvando, può aggiun-
" gere consigli, suggerire cautele o condizioni, o *anche*
" *ordinarle, facendo dipendere da esse l'esecuzione*. Ma con
" ciò non obbliga il consiglio, che potrebbe non essere
" persuaso, e allora l'affare va a monte. Ove ne sia per-
" suaso (giacchè l'aggiunta che fa il tribunale determina
" sempre una nuova convocazione e deliberazione), viene
" con ciò ad unire il proprio al voto dell'autorità giudi-
" ziaria, e si verifica ancora la loro conformità „ (2). E nei

(1) V. Laurent, l. c.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 301, § 639, vol. I, pag. 1015.

termini ristretti in cui è formulata quest'opinione, la reputiamo perfettamente accettabile; ma crediamo al tempo stesso che si debba guardarsi dall'estenderla più oltre. Finchè non si tratti che di *cautele* o *condizioni* aggiunte dal tribunale, *approvando però la sostanza della deliberazione del consiglio*, è giusto che l'autorità giudiziaria possa *farne dipendere l'esecutorietà* della deliberazione stessa; ed è ragionevole che possa bastare l'accettazione di quelle cautele o condizioni mediante una deliberazione ulteriore del consiglio. Con un sistema diverso il tribunale dovrebbe negare l'omologazione, limitandosi a suggerire le cautele o condizioni sotto le quali soltanto avrebbe stimato di poter approvare la deliberazione del consiglio; e questo, qualora accettasse le cautele o condizioni predette, prenderebbe una nuova deliberazione, che andrebbe ancora sottoposta all'omologazione del tribunale. Ora, tutto ciò non produrrebbe che uno sciupìo maggiore di tempo, dannoso spesso al minore, inutile sempre, poichè non si farebbe che duplicare il procedimento per ottenere una omologazione, che il tribunale era già determinato a dare anticipatamente sotto quelle cautele o condizioni.

Ma se il tribunale cangiasse la sostanza stessa della deliberazione — se, per esempio, mentre il consiglio, per giungere all'estinguimento di debiti del minore, avesse stabilito di vendere un immobile, il tribunale ordinasse invece di prendere danaro a prestito; o mentre si trattava di vendere un podere, il tribunale decretasse la vendita di una casa — è chiaro che se anche il consiglio, con una deliberazione ulteriore, aderisse a questi nuovi provvedimenti, si potrebbe ben dire che *concorrerebbero in piena conformità tra di loro il voto del consiglio di famiglia o di tutela e quello dell'autorità giudiziaria*, ma non sarebbe men vero che il procedimento tracciato dalla legge sarebbe invertito, e in luogo di essere il consiglio che delibera e il tribunale che approva, sarebbe questo che stabilirebbe di ufficio un provvedimento nuovo, a cui il consiglio farebbe

semplicemente adesione. Ora, questa immutazione al procedimento legale, questa inversione di parti, sembrerebbe troppo evidentemente arbitraria per essere ammissibile. Nè la differenza di forma mancherebbe in questo caso di avere anche una grave influenza sulla sostanza delle cose; altro essendo, manifestamente, che un provvedimento deliberato prima dal consiglio di famiglia o di tutela sia poi sottoposto per l'approvazione al senno superiore del tribunale, ed altro che il consiglio sia chiamato a far adesione ad una proposta venuta dall'iniziativa autorevole del magistrato. Conseguentemente ai caratteri sopra avvertiti dell'omologazione ne abbiamo definito pure l'effetto, dicendo ch'esso consiste soltanto nel rendere pienamente efficace e legalmente esecutoria la deliberazione del consiglio omologata. Dopo di che sarebbe superfluo voler dimostrare, ciò che è troppo evidente per sè stesso, non essere eseguibili le deliberazioni soggette per legge ad omologazione, se non dopo che questa sia stata data dal tribunale competente.

Ma vi è un altro punto, che presenta dubbiezza, e che sembra doversi risolvere coll'applicazione dello stesso principio generale riguardante gli effetti della omologazione. Deve questa essere chiesta ed ottenuta prima che si compia nell'interesse del minore l'atto formante oggetto della deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela? Od anche dopo che questa deliberazione fosse stata eseguita, l'omologazione tardiva, che si chiedesse al tribunale e si ottenesse, sarebbe efficace per convalidare l'atto compiuto? Seguendo a rigore il principio ora richiamato, la risposta è facile. Poichè l'effetto dell'omologazione deve consistere unicamente nel rendere esecutoria la deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela; poichè quindi nessuna deliberazione soggetta ad omologazione può essere eseguita se questa non sia stata prima accordata, è conseguente che il tribunale non possa approvare con una omologazione posteriore una deliberazione relativa ad un atto già

compiuto dal tutore. Questo atto essendo nullo per mancanza della forma abilitante necessaria, è chiaro che se potesse avere efficacia una omologazione posteriore della deliberazione del consiglio che lo autorizzava, quella non sarebbe più, come deve essere per sua natura, una semplice *approvazione* della deliberazione predetta, ma assumerebbe il carattere e gli effetti di una convalidazione, di una conferma dell'atto compiuto, e spoglierebbe il minore del diritto acquisito a far valere la nullità di esso; il che è inammissibile.

Tuttavia vi è in senso contrario un'opinione autorevolissima, che già riferimmo in altro luogo (1). Ma per le ragioni stesse ivi esposte reputiamo di doverci attenere anche qui fermamente al principio che l'omologazione del tribunale agli atti della tutela, pei quali è richiesta dalla legge, debba essere domandata ed ottenuta prima che gli atti medesimi siano eseguiti dal tutore, e che posteriormente non possa esservi luogo ad omologazione, se non per un vero e proprio atto di conferma, che il tutore, in rappresentanza del minore, intenda di fare dell'atto precedentemente compiuto ed annullabile per difetto delle forme legali, e purchè quindi concorrano tutti i requisiti necessari per gli atti di conferma in generale, e sia dimostrata l'utilità pel minore di quello speciale atto di conferma che il tutore vorrebbe fare, e il consiglio di famiglia, da parte sua, ne abbia data la espressa e speciale autorizzazione. Nè infatti sarebbe da reputar bastante l'autorizzazione data prima dal consiglio, per l'atto compiuto poi senza la necessaria omologazione del tribunale, perchè il tutore, chiedendo e riportando tardivamente questa omologazione, potesse senz'altro confermare validamente quell'atto. La conferma è un atto nuovo — sebbene non abbia per effetto di produrre nuovi rapporti giuridici, ma semplicemente di convalidare quelli preesistenti, sanandone la nullità — e

(1) V. vol. VII, n. 225, pag. 574 e seguenti.

reca rinunzia al diritto, che era acquisito a favore del minore, di far dichiarare la nullità di quell'atto che era stato compiuto in suo nome senza il concorso perfetto di tutte le formalità abilitanti necessarie secondo la legge. Bisogna dunque che per quest'atto nuovo, per questa rinunzia di diritti, che si vorrebbe fare in nome del minore, e che riprodurrebbe definitivamente e ormai irrimediabilmente per lui gli effetti stessi dell'atto che si tratterebbe di confermare, il consiglio di famiglia autorizzi espressamente il tutore a farlo, qualora lo riconosca utile per il minore stesso.

Il tribunale competente per l'omologazione è quello che ha giurisdizione nel luogo dov'è costituita la sede del consiglio di famiglia, a norma dell'art. 249 codice civile.

L'istanza relativa — come tutte quelle concernenti materie da trattare in *camera di consiglio* — dev'essere presentata, coi documenti opportuni, alla cancelleria del tribunale predetto. E tale presentazione deve farsi entro quel termine che il consiglio stesso di famiglia o di tutela abbia stabilito nella sua deliberazione, o nei quindici giorni dalla data di questa, se non sia stato prefisso un termine diverso (art. 814, § 1, cod. proc. civile).

Nella stessa disposizione ora citata sono pure indicate le persone che devono o possono promuovere l'omologazione, essendo detto nel primo paragrafo che “ la domanda “ per omologazione si presenta *dal tutore, o da chi altri ne* “ *abbia obbligo* „. Vi sono casi infatti nei quali la deliberazione del consiglio di famiglia non riguardando minori soggetti a tutela, quell'obbligo spetta necessariamente ad altri che al tutore, come in quelli contemplati dagli articoli 235, 237 e 238. E lo stesso può pure verificarsi talora nonostante che si tratti di minori non soggetti a patria potestà; come quando sia il *protutore* o il *curatore*, che abbia avuta dal consiglio di famiglia, ma a voti non unanimi, la dispensa dall'ufficio. La deliberazione del consiglio deve allora, secondo l'art. 276 cod. civ., essere sottoposta

all'omologazione del tribunale; ma il promuoverla spetta, naturalmente, non al tutore, ma al protutore o al curatore, che ha interesse a far regolarizzare e rendere esecutorio l'atto di sua dispensa.

Eccettuati questi casi, il fare istanza per l'omologazione è obbligo del tutore, siccome quello che è tenuto a curare l'esecuzione della deliberazione del consiglio, esecuzione la quale non può aver luogo se non in virtù della omologazione che emani dal tribunale.

Prevedendo però il caso che la domanda non sia presentata entro i termini prefissi da chi vi era tenuto, lo stesso art. 814 cod. proc. civ., nel secondo paragrafo, ammette che " qualunque dei consulenti può proporla a spese di chi " ne aveva l'obbligo, senza che questi abbia diritto di ripe- " tizione contro il minore ". Con questa disposizione, tratta dall'art. 887 del codice di procedura civile francese, si è così stabilita una sanzione per assicurare l'adempimento dell'obbligo del tutore; l'applicazione della qual sanzione però dipende dall'esercizio che qualcuno dei consulenti faccia di questa facoltà ad essi attribuita.

Quanto alle forme del procedimento per l'omologazione sono da osservarsi le regole comuni per le materie da trattare in camera di consiglio, stabilite dagli articoli 778 e 779 del cod. proc. civile.

Qualora la deliberazione da omologarsi non fosse stata presa ad unanimità, i membri del consiglio dissenzienti potrebbero *opporsi all'omologazione*. L'art. 888 del codice di procedura civile francese tracciava le forme per tale opposizione. Il nostro codice processuale non ha riprodotta quella, nè ha dato altra disposizione in proposito. Per altro, dettando nell'art. 815 le norme da seguirsi nel giudizio di impugnazione che contro le deliberazioni del consiglio sia promosso dalla minoranza dissenziente, ha limitate espressamente quelle norme alle *deliberazioni non soggette ad omologazione*. Dalla qual cosa s'induce pertanto chiaramente che, trattandosi di *deliberazioni soggette ad omologazione*,

prese a sola maggioranza di voti, i membri della minoranza non possono promuovere un giudizio d'impugnazione di quelle deliberazioni; presentandosi infatti più razionale ed opportuno il mezzo di *opporsi all'omologazione* che sia chiesta al tribunale. Così si evita il pericolo che, impugnandosi la deliberazione presa dalla maggioranza dopo che già fosse stata omologata dal tribunale, potesse darsi luogo a contradizione tra la determinazione che il tribunale medesimo avesse presa in camera di consiglio rispetto all'omologazione, e la decisione che poi pronunciasse nel giudizio di impugnazione. Ciò ritenuto, è chiaro poi che le forme per l'opposizione, non essendo regolate da disposizioni speciali, cadranno sotto le comuni per le materie da trattare in camera di consiglio; poichè tra esse è compresa appunto anche l'omologazione delle deliberazioni dei consigli di famiglia. Gli opponenti dovrebbero dunque presentare i loro reclami, coi documenti che stimassero opportuni, alla cancelleria del tribunale; anche pel resto del procedimento sarebbero applicabili congruamente le disposizioni degli art. 779, 780 e 781 del cod. di proc. civ.; e a norma di quest'ultimo articolo, gli opponenti, non meno del richiedente l'omologazione, potrebbero, secondo i casi, *proporre reclamo all'autorità giudiziaria superiore* contro il provvedimento che emanasse dal tribunale, osservando le medesime forme; mentre non sarebbe applicabile l'ultimo paragrafo dell'art. 815, che dichiara appellabile la sentenza del tribunale, poichè — come avvertimmo — contro le deliberazioni prese dal consiglio a maggioranza, ma *soggette ad omologazione*, non si può far luogo ad un vero *giudizio d'impugnazione*.

77. Venendo ora a parlare dei mezzi coi quali gli atti del consiglio di famiglia o di tutela possano essere impugnati, è chiaro, prima di tutto, che non a qualunque atto del consiglio possiamo intendere di riferirci, ma solo alle *vere deliberazioni*. Le quali, se sono *precettive* avendo in sè

medesime il carattere esecutorio, o producendo pel tutore l'obbligo di curare la loro esecuzione, e se sono semplicemente *autorizzanti* recando tuttavia l'effetto giuridico di abilitare il tutore a rappresentare legalmente il minore in un determinato atto, presentano in quella stessa loro esecutorietà o in questa abilitazione, che può esporre a danni il minore, un motivo sufficiente per potere in certi casi impugnarle e farle annullare. All'opposto i semplici *pareri*, non avendo alcun carattere esecutivo, nè obbligatorio, nè di abilitazione ad atti determinati, essendo la mera espressione di un avviso, che può essere seguito o no, è troppo evidente che non potrebbero per la stessa natura loro formare oggetto di un ricorso. Questo infatti non avrebbe uno scopo utile, mancando un atto che importi di far annullare per impedirne l'esecuzione, o per distruggerne l'obbligatorietà, o per togliere un'abilitazione che ne emanasse; ed essendo d'altra parte impossibile il far sì che l'avviso del consiglio di famiglia o di tutela non sia quello che esso ha manifestato.

Ma le vere deliberazioni, che il consiglio abbia emesse, sono tutte indistintamente soggette a poter essere impugnate per le cause e colle norme che verremo in seguito esponendo; salvochè per quelle di esse che a forma di legge debbano essere sottoposte all'omologazione del tribunale, vi è differenza quanto al modo in cui la impugnazione possa farsi, come dimostrammo nel numero precedente. E che contro qualunque deliberazione del consiglio, quando non fosse conforme alla legge, o quando offendesse gl'interessi del minore, dovesse esser possibile un mezzo di ricorso con cui farla annullare, era troppo manifestamente richiesto dallo scopo medesimo che la legge ha prefisso alla istituzione del consiglio di famiglia o di tutela, ed agli uffici a cui lo ha chiamato. Quello scopo consiste unicamente nella protezione del minore, che si è voluto guarentire più efficacemente col far concorrere negli affari della tutela questo collegio famigliare, circondandone le delibe-

razioni di speciali forme. Ma essendo prevedibile che tali forme rimangano qualche volta inadempite, o potendo anche pur troppo accadere che passioni malvagie od interessi opposti a quelli del minore influiscano talora sulle deliberazioni che dovrebbero esser prese pel maggior vantaggio di lui, lo scopo della legge rimarrebbe in tali casi non solo eluso, ma apertamente contrariato, se non fosse aperta qualche via per poter impugnare nell'interesse del minore medesimo le deliberazioni prese illegalmente od inopportunamente dal consiglio.

Il mezzo adottato a tal uopo dalla legge consiste generalmente — salvo sempre ciò che nel numero precedente dimostrammo in riguardo alle deliberazioni soggette ad omologazione — in un ricorso da portarsi in via contenziosa davanti il tribunale civile, nella cui giurisdizione ha sede il consiglio di famiglia o di tutela dal quale fu presa la deliberazione.

Le cause che possono dar luogo a tale ricorso sono diverse; e non è poco interessante per la chiarezza di questo argomento, non scevro di difficoltà, il considerarle distintamente. Ma prima di tutto importa di non confondere colla impugnazione che si faccia di determinati atti del consiglio di famiglia o di tutela, quella con cui si attacchi la costituzione stessa di esso, sia poi per la sua incompetenza, a cagione della sede diversa da quella che la legge gli assegnava, sia poi per irregolarità della sua composizione. È vero che, come notammo altra volta, anche in tali casi è una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela che forma oggetto di contestazione; è quella colla quale, a tenore dell'art. 256, § 1°, esso *siasi dichiarato regolarmente costituito*. Ma non è meno evidente perciò la differenza grandissima tra questo caso, nel quale il ricorso è diretto a costituire nella sua sede legale il consiglio, od a regolarizzarne a norma di legge la composizione, affinchè riesca legittimo l'esercizio futuro delle funzioni spettanti al consiglio medesimo, e l'altro caso in cui si tratti d'im-

pugnare qualche deliberazione particolare emessa dal consiglio in ordine a speciali affari della tutela.

Altro è ancora l'impugnare le deliberazioni del consiglio prima che siano eseguite, e allo scopo appunto d'impedirne l'esecuzione — ciò che precisamente è supposto nella disposizione dell'art. 815 del codice di procedura civile — ed altro è l'impugnare le convenzioni o gli atti che siano stati fatti in esecuzione delle deliberazioni stesse. Nè la importanza di questa distinzione è meramente teorica, correndo tra l'una e l'altra ipotesi differenze gravissime in parecchi rapporti, e prima di tutto per ciò che concerne le cause stesse che possono dar luogo a ricorso. Esso è proponibile contro le deliberazioni del consiglio non ancora eseguite, e allo scopo appunto d'impedirne l'esecuzione:

1° *per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione del consiglio medesimo;*

2° *per irregolarità di forme nella convocazione o nella deliberazione;*

3° *per la sostanza della deliberazione stessa.*

Le convenzioni o gli atti fatti in eseguimento delle deliberazioni del consiglio possono essere impugnati per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione del consiglio medesimo, salve però certe limitazioni speciali che la nostra legge ha stabilite in proposito; sono pure impugnabili per alcuni difetti di forma nella convocazione o nell'atto stesso della deliberazione; ma, in generale almeno, non sarebbe ammissibile che si attaccasse nella sostanza, o come si suol dire, *nel merito*, una deliberazione emanata con piena regolarità di forme da un consiglio di famiglia competente e regolarmente costituito, per far annullare una convenzione od un atto che fosse stato fatto in eseguimento della deliberazione predetta.

Altre differenze si riscontrano inoltre fra il caso in cui s'impugni la deliberazione per sè stessa e prima che sia eseguita, e quello in cui si attacchi un atto compiuto in esecuzione di essa, e secondo eziandio le diverse cause su

cui tali impugnazioni siano fondate, per rispetto alle persone che abbiano facoltà di presentare il ricorso, e a quelle contro le quali possa essere promosso, al tempo ed al modo in cui il ricorso medesimo sia proponibile, agli effetti, in fine, che possano derivarne. Ma di tutto questo, che reputammo non inutile accennare preliminarmente, ci riserbiamo di dare le dimostrazioni e gli svolgimenti opportuni nel seguito della trattazione di questo importante argomento; che, secondo le cose premesse, divideremo in tre parti principali, in cui discorreremo separatamente:

1° della impugnazione della costituzione stessa del consiglio di famiglia o di tutela;

2° dell'impugnazione delle deliberazioni del consiglio non ancora eseguite;

3° dell'impugnazione delle convenzioni o degli atti fatti in esecuzione delle deliberazioni del consiglio.

78. I. — Il codice francese e quelli che a imitazione di esso avevano ordinata l'istituzione del consiglio di famiglia, facendone un corpo non permanente, ma che doveva essere costituito e convocato ad ogni volta che ne occorresse il bisogno per la gestione della tutela, non contenevano alcuna disposizione che permettesse di ricorrere contro la formazione del consiglio stesso.

Gl'interpreti discutevano la questione: se contro la formazione del consiglio, stabilita dal giudice, potesse farsi luogo a reclamo prima di qualunque deliberazione del consiglio medesimo; e propendevano a ritenere che si potesse ricorrere solo contro la deliberazione che il consiglio avesse presa, impugnandola per vizio di forma (1). E ciò era naturale quando il consiglio non si costituiva che per deliberare sopra oggetti particolarmente determinati. Finchè nessuna deliberazione fosse stata presa, quale motivo poteva esservi per impugnare la formazione del con-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 276; Laurent, t. IV, n. 446, pag. 555-556.

siglio? E chi poteva prevedere se la futura deliberazione di esso sarebbe stata utile o dannosa al minore, mentre poi solo il danno che a lui potesse provenirne dava fondamento a giustificare la impugnazione?

Nella legislazione nostra, che ha fatto del consiglio di famiglia o di tutela un *corpo permanente*, la cosa è assai diversa. Se la costituzione di esso non sia conforme alla legge, la illegalità non si riflette soltanto sovra particolari deliberazioni, che il consiglio irregolarmente formato abbia a prendere, ma sulle funzioni costanti ch'egli esercita fin dal momento in cui è costituito, anche indipendentemente da ogni speciale deliberazione. E il danno del minore vi è sempre, poichè quella *vigilanza sulla gestione del tutore*, che il consiglio di famiglia deve esercitare continuamente, e che forma parte principalissima delle sue attribuzioni (1), rimane affidata ad altri che alle persone dalla legge designate. Nel sistema della nostra legislazione è dunque una necessità indeclinabile l'ammettere che si possa impugnare direttamente e per sè stessa la costituzione del consiglio di famiglia, quando non sia stata fatta in conformità di legge, allo scopo di farlo ricomporre legalmente, e quand'anche non si tratti d'impugnare alcuna speciale deliberazione che esso abbia presa.

Questo concetto è stato opportunamente avvertito dal *Borsari*, osservando che “ havvi differenza fra l'impugnare “ *la costituzione del consiglio in sè stessa*, o *gli atti del con-* “ *siglio* „ (2). Senonchè poi e da lui stesso e da altri questa giusta ed importante distinzione fu trascurata in alcuni speciali rapporti, come tra breve dovremo notare.

Sebbene però non sia possibile disconoscere, nel sistema adottato dalla legge nostra, l'ammissibilità d'un ricorso con cui si attacchi direttamente la irregolare costituzione d'un consiglio di famiglia o di tutela, neppure il nostro

(1) V. sopra, n. 44, pag. 153 e seg.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 256, § 579, vol. I, pag. 915.

codice contiene alcuna disposizione che stabilisca norme per tale ricorso. È un errore manifesto di alcuni l'avere creduto che vi provveda la disposizione dell'art. 256, § 2, poichè il testo di esso si limita chiaramente a regolare il caso in cui si tratti *d'impugnare gli atti del consiglio di famiglia, per ragione d'incompetenza o d'irregolare sua costituzione*, ma non parla menomamente d'un ricorso che sia diretto contro la costituzione stessa del consiglio, allo scopo non di fare annullare determinati atti fatti in esecuzione delle deliberazioni di esso, ma di ottenere che il consiglio medesimo sia legalmente ricomposto. In mancanza di precise disposizioni di legge su questo argomento, devesi dunque ricorrere *alle disposizioni che regolano materie analoghe*, e dove neppur queste soccorrano a risolvere le difficoltà che si presentino, sarà d'uopo riferirsi *ai principii generali di diritto* (art. 3 disposizioni preliminari). Seguendo queste norme, ci occuperemo ora dunque di determinare:

1° per quali cause speciali possa farsi luogo a ricorso contro una illegale costituzione del consiglio di famiglia o di tutela;

2° a chi spetti la facoltà di promuovere un tale ricorso, e contro chi debba questo esser diretto;

3° in qual tempo ed in qual modo debbasi presentare il reclamo;

4° quali effetti derivino dall'ammissione di esso.

79. Affinchè possa dirsi che un consiglio di famiglia o di tutela sia costituito a norma di legge, è indispensabile che lo sia nella sede da essa assegnatagli, e che poi sia composto delle persone le quali debbano o possano formarne parte, secondo le disposizioni della legge stessa. La *illegalità della sede* o *della composizione* del consiglio sono dunque le due cause che possono dar luogo ad impugnare l'atto di costituzione di esso, allo scopo di farlo ricomporre in conformità della legge. Parlando però di

impugnare l'atto di costituzione del consiglio, supponiamo la sola *annullabilità* di quell'atto, non la *inesistenza giuridica*. Chè se di questa veramente si tratti: se, cioè, alla costituzione del consiglio manchi qualcuna di quelle condizioni, che per l'indole loro debbano considerarsi come *essenziali*, non è più neppur possibile parlare propriamente d'*impugnazione*, di azione promossa allo scopo di far annullare l'atto costitutivo. L'idea di *annullazione* implica e presuppone necessariamente l'altra della esistenza giuridica dell'atto che si impugna per privarlo di efficacia, per farlo considerare legalmente come se non fosse avvenuto. Se il consiglio, per mancanza di qualcuna delle condizioni essenziali a costituirlo, non ha mai esistito giuridicamente, potrà darsi caso di promuovere una dichiarazione giudiziale su di ciò, se mai venga contestato; ma questa facoltà spetterà a chiunque possa avere interesse, a chiunque cui venga opposta per qualunque fine la costituzione di un consiglio di famiglia che giuridicamente non è mai stato, e potrà essere esercitata in qualunque tempo, senza che sia mai opponibile nè prescrizione nè altro mezzo in contrario, perchè non v'è cosa alcuna che possa far considerare come esistito giuridicamente ciò che mancasse degli elementi essenziali per costituirlo. È insomma la teoria e la distinzione degli *atti inesistenti* e degli *atti annullabili*, che non vi sarebbe alcuna ragione di escludere dalla materia di cui ora trattiamo, e che applicata ad essa ci conduce razionalmente a questa conseguenza: che le cause per le quali si possa far luogo ad agire giudizialmente impugnando l'atto costitutivo d'un consiglio di famiglia o di tutela, debbano limitarsi ai casi di semplice annullabilità dell'atto predetto, non estendersi a quelli di assoluta inesistenza giuridica del consiglio.

A questa distinzione potrebbesi veramente opporre il disposto dell'art. 256, § 2, cod. civile. Osservammo nel numero precedente che quella disposizione non riguarda propriamente ad un ricorso che sia diretto contro la costi-

tuzione stessa del consiglio di famiglia per farlo ricomporre a norma di legge, ma contro determinati atti emessi dal consiglio in affari della tutela, per far annullare quegli atti particolari. Tuttavia, siccome vi è stabilito che quegli atti non possono più essere impugnati, per ragione della incompetenza o della irregolare costituzione del consiglio, quando siano trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione di esso, nè possono farsi annullare, anche durante i sei mesi, a pregiudizio di terzi che siano stati in buona fede; così se ne potrebbe argomentare che l'incompetenza o la irregolare costituzione del consiglio non producesse la inesistenza giuridica di esso, ma la semplice annullabilità dell'atto con cui fosse stato costituito. Poichè se il consiglio dovesse in quei casi considerarsi come non esistente in diritto, inesistenti giuridicamente sarebbero per conseguenza anche gli atti emanati da esso; i quali pertanto non potrebbero essere convalidati pel decorso di sei mesi dopo la prima convocazione, nè stare come validi a favore dei terzi di buona fede.

Una tale argomentazione sembra infatti pienamente accettabile per ciò che riguarda il caso d'incompetenza del consiglio, ossia di costituzione di esso in una sede diversa da quella che avrebbe dovuto avere secondo la legge. Se, in questa ipotesi, si trattasse di vera inesistenza giuridica, o di semplice annullabilità della costituzione del consiglio, era un punto che lasciava luogo a controversia in diritto francese (1). Le considerazioni che potevano addursi pro e contro sotto quella legislazione non sarebbero però applicabili puntualmente alla nostra, secondo la quale il consiglio di famiglia non si costituisce più occasionalmente per ciascun affare intorno a cui sia necessario chiamarlo a deliberare — sicchè l'inesistenza o l'annullabilità o la validità di sua costituzione possa in qualche modo confondersi colla deliberazione stessa per la

(1) V. Laurent, t. IV, n. 474, pag. 593-594.

quale è fatta — ma invece il consiglio medesimo forma un corpo permanente che ha uffici costanti, continuati, importantissimi, anche indipendentemente dalle speciali deliberazioni a cui possa essere chiamato.

E se si dovesse pronunziarsi sulla questione secondo i puri principii teorici, parrebbe giusto piuttosto il ritenere che un consiglio di famiglia incompetente, per essere costituito fuori della sua sede legale, dovesse considerarsi come inesistente giuridicamente; poichè formato e presieduto, come sarebbe, da un pretore diverso da quello a cui la legge deferisce un tale ufficio, mancherebbe d'un elemento essenziale a costituirlo legittimamente. Ma noi abbiamo un testo che ci costringe ad ammettere la massima contraria, poichè stabilisce che un consiglio incompetente, siccome costituito fuori della sua sede legale, possa nondimeno fare atti validi, quando l'annullazione di essi sia per tornare a pregiudizio di terzi di buona fede; validi in ogni caso dopo trascorsi sei mesi dalla prima convocazione.

Nè è difficile a comprendersi per quale ragione sia stato così disposto. Se il consiglio costituito fuori della sede legale fosse stato riguardato come inesistente giuridicamente, e inesistenti del pari si fossero quindi considerati gli atti che esso avesse emanati — invece di convalidarli, come si è fatto, a vantaggio dei terzi di buona fede — ne sarebbe derivato in ultimo un danno anche al minore stesso, poichè il timore di fare atti mancanti assolutamente di efficacia giuridica avrebbe potuto allontanar molti dal trattare affari con chi rappresenta lui.

Par dunque certo che la costituzione del consiglio di famiglia in sede non legale sia da considerarsi, nel nostro diritto positivo, come una causa, non d'inesistenza giuridica, ma di semplice annullabilità dell'atto di quella costituzione. Nè a questa massima contraddice quanto osservammo in altro luogo: che, cioè, l'esistenza illegale d'un consiglio costituito fuori della sede normale non sia d'ostacolo a stabilirsene un altro nella sede regolare, salvo il potersi eser-

citare poi da chi spetti l'azione per far annullar l'atto costitutivo del primo (1). È vero che quando un atto non sia assolutamente inesistente in diritto, ma soltanto annullabile, produce gli ordinari suoi effetti giuridici finchè l'annullazione non sia giudizialmente dichiarata. Ma ciò impedisce forse che frattanto di fronte all'atto nullo possa sorgerne un altro, che si faccia in piena conformità della legge? E stando al caso nostro, l'essere stato illegalmente costituito un consiglio di famiglia fuori della sede destinatagli dalla legge, un consiglio quindi formato, convocato e presieduto da un magistrato incompetente, può bastare a costringere all'inazione il pretore veramente competente, vietandogli di formare e convocare il legittimo consiglio di famiglia finchè l'atto con cui fu illegalmente costituito l'altro non sia stato annullato? Ciò non parrebbe ragionevole, nè conciliabile col vero interesse del minore. Certamente, trovandosi così a fronte due consigli di famiglia, che si sono costituiti per la stessa tutela, è necessario che l'autorità giudiziaria dichiari quale dei due sia illegale. E l'uno o l'altro di essi, e più naturalmente quello che si è formato da ultimo, promuoverà l'annullazione dell'atto con cui fu costituito l'altro. Ma non si potrebbe pretendere che l'ultimo si astenesse dalle sue funzioni finchè non fosse stato pronunziato sull'addotta nullità della costituzione del primo.

Quanto all'altra causa d'impugnazione dell'atto costitutivo del consiglio di famiglia, consistente nella illegale composizione di questo, non può dirsi che n'abbia sempre a derivare la semplice annullabilità dell'atto costitutivo, e mai una vera inesistenza giuridica del consiglio. Nè ad un tale concetto presta argomento, in questa parte, la già citata disposizione dell'art. 256, § 2, la quale, limitandosi a parlare d'*irregolare costituzione* del consiglio di famiglia, non comprende certamente i casi nei quali possa dirsi che *non vi sia in diritto costituzione alcuna di un consiglio di*

(1) V. sopra, n. 45, pag. 165, 166.

famiglia, perchè manchi qualche elemento essenziale a formarlo. E infatti se, per esempio, si fosse preteso di costituire un consiglio di famiglia senza che fosse formato, convocato e presieduto da un pretore, o componendolo interamente di donne, le quali non fossero nè ascendenti, nè sorelle germane non maritate del minore, chi vorrebbe scorgervi una semplice *irregolarità di costituzione?* Chi non direbbe piuttosto che in tali casi non vi è affatto, giuridicamente, un consiglio di famiglia?

La distinzione fra l'inesistenza giuridica e la semplice annullabilità degli atti trova dunque in questa parte pienissima applicazione. La difficoltà può consistere soltanto nel determinare quando si tratti veramente dell'una o dell'altra. Intorno a ciò non si può che valersi dell'applicazione del principio fondamentale, secondo cui un atto deve essere considerato come inesistente giuridicamente quando manchi di qualcuna di quelle condizioni intrinseche od estrinseche, le quali, giusta la lettera e lo spirito della legge, sono essenziali a costituirlo. Seguendo questa norma è ovvio, innanzi tutto, che debba riguardarsi come inesistente il consiglio di famiglia quando non sia stato formato, sotto la presidenza sua, dal pretore. Infatti notammo già che l'essere a capo del consiglio di famiglia quel magistrato, si considerò giustamente come mezzo principalissimo per far servire efficacemente al suo scopo, nell'interesse del minore, questa istituzione. Non è dunque lecito il dubitare che questa sia condizione di essenza. D'altra parte fu anche osservato giustamente non potervi essere corpo deliberante senza chi lo presieda; essere attribuito dalla legge esclusivamente al pretore il diritto di presiedere il consiglio; altrimenti non esservi dunque legalmente un consiglio di famiglia, divenire impossibile ogni deliberazione, e se qualche decisione sia presa, doversi considerarla come non avvenuta, più che nulla, inesistente (1).

(1) V. Laurent, t. IV, n. 472, pag. 591; Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 14.

È parimente di essenza che il consiglio sia composto del numero di consulenti che la legge ha prestabilito. In quel numero di persone, che debbono essere chiamate a decidere degli interessi del tutelato, sta per lui una guarentia sostanziale di quella protezione che la legge vuole assicurargli. Sarebbe dunque inesistente giuridicamente il consiglio, se fosse stato costituito con un numero di consulenti minore di quattro.

Sarebbe lo stesso se dei quattro consulenti qualcuno fosse legalmente incapace a questo ufficio; poichè giuridicamente il numero dei consulenti, che potrebbero prender parte alle deliberazioni nell'interesse del minore, sarebbe inferiore a quello prefisso dalla legge (1).

Prevedendo invece il caso che il numero legale dei consulenti sia sorpassato, pensano alcuni doversi ritenere che si verifichi una semplice irregolarità, la quale dia luogo ad annullare l'atto costitutivo, non a ritenere inesistente giuridicamente il consiglio (2). Sembra però più giusta l'opinione opposta (3); poichè tanto è contrario alla legge, e tanto può nuocere agli interessi del minore, l'essere composto il consiglio di un numero di consulenti inferiore, quanto di un numero superiore a quello che la legge stessa ha prescritto.

Quanto alle condizioni *non sostanziali* per la costituzione del consiglio di famiglia, la cui mancanza potesse nondimeno renderne annullabile l'atto costitutivo, non sembrano adottabili presso noi le norme insegnate dalla dottrina francese; la quale riteneva l'annullabilità qualora *fosse d'interesse del minore l'annullare la deliberazione che il consiglio irregolarmente composto avesse presa*, o qualora questa irregolare composizione fosse avvenuta *per dolo o frode*. Ciò si atteneva manifestamente allo strettissimo legame che esisteva tra la costituzione del consiglio e la

(1) V. Aubry et Rau, l. c., n. 15; Laurent, n. 473, pag. 592.
(2) V. Aubry et Rau, l. c., n. 27.
(3) V. Laurent, l. c., pag. 593.

deliberazione sua, in un sistema come quello del codice francese, in cui si considerava il consiglio di famiglia come un corpo che si costituiva occasionalmente per ciascuna deliberazione che occorresse di domandargli. Secondo la legislazione nostra, essendo esso invece un corpo costituito permanentemente, e che all'infuori delle speciali deliberazioni che sia chiamato a prendere sovra particolari affari, esercita funzioni continue e importanti nella sorveglianza che gli è affidata sulla gestione tutelare, il criterio per ammettere od escludere l'annullabilità dell'atto costitutivo del consiglio non può più consistere, come è evidente, nel danno che sia o non sia derivato al minore da particolari deliberazioni prese dal consiglio medesimo. Ed anzi si presenta naturale l'idea che qualunque irregolarità siasi verificata nella composizione del consiglio debba dar luogo a poterne impugnare l'atto costitutivo, per far ricomporre il consiglio medesimo conformemente alla legge.

Tale è la massima che sembra infatti da seguirsi come regola generale. Come potrebbe ammettersi che un consiglio illegittimamente composto, qualunque ne fosse l'irregolarità, dovesse rimanere così fino alla fine, senza rimedio possibile per ricostituirlo in conformità della legge? Non si tratterebbe, nel caso di cui parliamo ora, di annullare le deliberazioni che il consiglio irregolarmente composto avesse prese. Questa è un'altra questione, di cui parleremo più oltre. Si tratterebbe soltanto d'impugnare l'atto costitutivo del consiglio, allo scopo di regolarizzarlo per l'avvenire. Ora, il negarne la facoltà porterebbe la conseguenza che se la legge fu violata a principio dovesse mantenersene irreparabilmente la violazione anche pel futuro; ciò che pare assurdo di ammettere, e che d'altronde arrecherebbe per sè un danno manifesto e costante al minore, i cui interessi non sarebbero vigilati e diretti da quelle persone nelle quali per presunzione di legge è da riporre maggiore fiducia.

Tuttavia quella regola dovrebbe, a veder nostro, subire eccezione qualora nella composizione, che si pretendesse irregolare, del consiglio fosse stato esercitato un potere discrezionale conceduto dalla legge stessa; sicchè non penseremmo allora potersi impugnare l'atto costitutivo, sotto pretesto che le norme tracciate dalla legge per l'esercizio di quel potere discrezionale non fossero state puntualmente seguite. Qualche applicazione di queste massime, che reputiamo da adottarsi, chiarirà forse meglio il nostro concetto, e mostrerà se esso sia giusto, come a noi parve.

Supponiamo da prima che dalla composizione del consiglio sia rimasta esclusa una di quelle persone, che a norma dell'art. 252 hanno qualità di *consulenti di diritto*. Si dirà per questo che il consiglio sia *inesistente giuridicamente?* No certo; poichè non manca nessuna condizione essenziale a costituirlo. Le altre persone, chiamate a farne parte, hanno — lo supponiamo — qualità legittima a tale uopo, perchè o sono esse pure consulenti di diritto, secondo l'art. 252, o sono state elette dal magistrato competente in virtù del potere che gliene conferisce l'art. 253. Nondimeno colui, che essendo consulente di diritto rimase escluso per errore, potrà reclamare quando che sia l'ufficio che gli spetta per mandato diretto della legge (1). Nè da lui solo, ma parimente da qualunque delle persone, che vedremo avere facoltà d'impugnare una illegittima costituzione del consiglio, potrà farsi reclamo affinchè la composizione di esso sia regolarizzata (2). Come potrebbe essere altrimenti? L'errore commesso nella formazione primitiva del consiglio non potrebbesi considerare come irreparabile, la infrazione della legge non potrebbe essere perpetua, senzachè, contro lo spirito a cui s'informa tutto il sistema legislativo in questa materia, ne soffrisse danno il minore; il quale non potrebbe più avere nel consiglio, al quale è

(1) V. sopra, n. 44, pag. 156, 157.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 22; Laurent, t. IV, n. 481.

affidata la vigilanza sulla sua tutela, una di quelle persone in cui la legge ripone maggior fiducia, che presume più adatte, pel naturale loro affetto verso il minore, a proteggerlo efficacemente.

Supponiamo ora invece che il pretore, nominando i consulenti elettivi, abbia lasciato da parte qualche parente od affine del minore, provvedendo a norma dell'art. 261. Non è neppur da pensare che potesse sostenersi esservi perciò *inesistenza giuridica* del consiglio. Vedemmo doversi ciò escludere nel caso stesso di omissione d'un *consulente di diritto;* e le ragioni diventano evidentemente più gravi allorchè il pretore non abbia eletti parenti od affini, pei quali la legge rimetteva al potere discrezionale di lui di nominarli, o no, secondochè riconoscesse *conveniente* per l'interesse del minore. Ma almeno potrà esservi luogo a reclamare contro la composizione del consiglio fatta dal pretore, e il tribunale, a cui si ricorra, avrà facoltà di annullare l'atto con cui sia stato nominato un amico invece d'un parente o d'un affine del minore? La questione deve, a nostro avviso, tradursi in quest'altra domanda: vi è veramente nel caso supposto *una irregolarità, contro le norme di legge, nella composizione del consiglio?* Chè se vi si riscontri una vera irregolarità, essa non può essere irreparabile. Ora, la preferenza data agli amici — applicando la disposizione dell'art. 261 — a fronte dei parenti od affini contemplati nell'art. 253, non è da considerarsi per sè stessa come una irregolarità, come una infrazione della legge; poichè questa — come dimostrammo a suo luogo — non accorda ai parenti od agli affini del minore una preferenza assoluta, ma solo *in quanto sia conveniente* per l'interesse del minore (1). La infrazione della legge non potrebbesi riscontrare se non nell'essere stati eletti gli amici, mentre *fosse conveniente pel minore* il prescegliere qualche parente od affine di lui. Ma, come pure dimostrammo nel

(1) V. sopra, n. 55, pag. 199 e seguenti.

luogo sopra citato, il riconoscere la *convenienza* di eleggere i parenti o gli affini, o piuttosto gli amici, è totalmente rimesso dalla legge stessa al potere discrezionale del magistrato locale, che più d'ogni altro è in grado di deciderne con piena cognizione di cose. Non è dunque possibile sostenere che sia offesa la legge dall'esercizio, che quel magistrato ha fatto, di un ufficio conferitogli dalla legge stessa; non è possibile sostenere che la preferenza degli amici ai parenti od agli affini costituisca una *irregolarità nella composizione del consiglio*, dal momento che quella preferenza fu determinata da considerazioni di convenienza per l'interesse del minore, convenienza che per disposizione espressa della legge doveva essere apprezzata dal pretore. Contro il pericolo che la risoluzione di questo magistrato potesse in qualche caso essere errata, e dannosa all'interesse del minore, provvede abbastanza la disposizione generale dell'art. 782 del codice di procedura civile, che permette di reclamare al presidente del tribunale civile contro ogni decreto pronunciato dal pretore in materia di giurisdizione volontaria. Ma che si possa ricorrere in via contenziosa al tribunale civile non sembra ammissibile; dappoichè per impugnare con un tal mezzo la costituzione del consiglio, stabilita in seguito alle nomine fatte dal pretore, bisognerebbe che essa fosse *irregolare*, che contenesse qualche *infrazione della legge;* e non vi è irregolarità alcuna, e la legge è stata anzi pienamente osservata secondo la lettera e lo spirito suo, se il pretore non ha fatto che esercitare il potere discrezionale conferitogli dalla legge stessa, apprezzando a suo prudente criterio la convenienza di nominare a far parte del consiglio di famiglia persone che abbiano avute relazioni abituali di amicizia col genitore del minorenne, anzichè nominarvi certi parenti od affini.

Tutto ciò, s'intende, facendo eccezione pei casi nei quali fosse implicato nella costituzione del consiglio il dolo o la frode, con cui si fosse riuscito ad escludere un parente od affine e far porre in luogo di lui altra persona. Per questa

frode sarebbe indubbiamente viziata la composizione del consiglio; la legge sarebbe manifestamente violata, poichè non sarebbe più la convenienza per l'interesse del minore che avrebbe determinata la esclusione del parente o dell'affine; epperò la costituzione del consiglio sarebbe allora veramente impugnabile dinanzi al tribunale civile.

Supponiamo, da ultimo, che in mancanza di parenti od affini il pretore abbia provveduto a norma dell'art. 261, ma si pretenda che le persone nominate non abbiano realmente avute relazioni abituali di amicizia col genitore del minorenne, come è detto in quell'articolo. Sarà questo un motivo sufficiente per impugnare davanti al tribunale la costituzione del consiglio di famiglia? Ricorrono anche qui considerazioni analoghe a quelle che abbiamo fatte sulla ipotesi precedente. La scelta delle persone, a cui affidare l'ufficio di consulenti elettivi, è commessa dalla legge al pretore. L'essergli detto, nell'art. 261, che tale scelta debba farsi *fra le persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore*, non è che una norma dettata al pretore stesso per l'esercizio del potere discrezionale che gli è in ciò conferito. E tanto è vero non trattarsi d'una qualità assolutamente richiesta nelle persone da eleggersi a consulenti — talchè la mancanza di essa importi violazione della legge, e conseguente irregolarità nella composizione del consiglio — che se, per un caso non difficilissimo, mancassero affatto persone delle quali poter dire che avessero avuto relazioni abituali di amicizia col genitore, sarebbe pur necessario ricorrere ad altre persone per completare il consiglio. Quando dunque il pretore abbia fatta la nomina, si potrà bene ricorrere contro il decreto col mezzo ordinario conceduto in materie di giurisdizione volontaria dall'art. 782 del codice di procedura civile; ma non si potrà farne oggetto di vera contestazione giudiziale davanti il tribunale civile impugnando la costituzione del consiglio, la quale non può dirsi irregolare e contenente violazione di legge, dappoichè il pretore, eleggendo deter-

minate persone a far parte del consiglio di famiglia, non ha fatto che esercitare un potere discrezionale attribuitogli dalla legge stessa. Anche qui però sarebbe da eccettuare il caso di frode o dolo, mediante cui si fosse riuscito ad escludere dal consiglio una persona capace, che avesse realmente avuto relazioni abituali di amicizia col genitore del minorenne, facendo porre in sua vece una persona estranea.

Richiamata così l'applicabilità della distinzione tra l'inesistenza giuridica e la semplice annullabilità degli atti, anche all'impugnazione che si faccia della costituzione del consiglio di famiglia per ragione della illegale composizione di esso, e dimostrato con quali regole si possa determinare l'appartenenza dei diversi casi contingibili all'una od all'altra categoria, riesce poi molto facile il riconoscere gli effetti che dall'applicazione di questa distinzione possono derivare.

Se le illegalità avvenute nella costituzione del consiglio siano tali da farlo considerare come assolutamente *inesistente* in diritto, inesistenti giuridicamente saranno al pari tutte le deliberazioni che quel preteso consiglio avesse prese; qualunque persona avente interesse potrà in ogni tempo opporre quella inesistenza giuridica del consiglio predetto e delle deliberazioni sue, e queste non potranno giammai produrre effetto alcuno. Al contrario, se l'atto costitutivo del consiglio sia soltanto annullabile, il consiglio stesso però agisce intanto come se fosse validamente costituito, finchè l'annullazione non sia pronunciata; le deliberazioni che esso prenda non sono giuridicamente inesistenti, epperò producono i loro effetti finchè non siano annullate; l'azione per far dichiarare questa nullità non compete assolutamente a chiunque vi abbia interesse, ma solo a quelle persone a cui essa può ritenersi attribuita dalla legge, secondo il suo testo, o secondo il suo spirito, o secondo i principii generali di diritto; nè poi quell'azione può essere esercitata sempre, ma vi sono speciali circostanze di tempo ed altre che possono farvi ostacolo.

80. È necessario ora determinare da chi possa essere promossa l'azione, con cui s'impugni una illegale costituzione del consiglio di famiglia. Neppure per risolvere tale quesito abbiamo una precisa disposizione di legge; poichè, come osservammo, il codice nostro, mentre ha provveduto a regolare i ricorsi con cui s'impugnino gli atti del consiglio di famiglia riguardanti particolari affari della tutela, ha omesso affatto di parlare del ricorso che sia diretto contro la costituzione stessa del consiglio, per farlo ricomporre a norma di legge (1). Anche qui, dunque, dobbiamo ricorrere ad argomenti tratti da disposizioni date dalla legge in materie analoghe; e in difetto anche di tali argomenti è necessario riferirci ai principii generali di diritto.

Vi è però un caso speciale, che ricade per natura sua nella massima generale stabilita dall'articolo 260 cod. civ.; ed è quando la deliberazione, colla quale il consiglio, nella sua prima adunanza, siasi dichiarato regolarmente costituito, non sia stata presa a voti unanimi. Sappiamo che appunto dopo tale deliberazione soltanto si reputa legalmente costituito il consiglio, e che perciò è contro di essa che si ricorre quante volte la costituzione del consiglio s'impugni (2). Non si può parimente dubitare che, qualora questa impugnazione avvenga, è la sostanza, il merito della deliberazione predetta che si viene ad attaccare. Ora, la disposizione generale dell'art. 260 contempla *qualunque deliberazione che non sia presa all'unanimità;* e supponendo che si voglia impugnare una tale deliberazione *nel merito*, determina a quali persone appartenga l'azione corrispondente; e quella disposizione è poi completata dall'altra dell'art. 815 del codice di procedura civile. È dunque fuori di dubbio che, quando la dichiarazione di regolare costituzione del consiglio sia stata da esso deliberata nella sua prima adunanza a sola maggioranza di voti, saranno appli-

(1) V. sopra, n. 78, pag. 299 e seguenti.
(2) V. sopra, n. 60, pag. 218-220.

cabili gli articoli predetti 260 cod. civ. e 815 codice procedura civile; epperò quella deliberazione, e con essa la costituzione medesima del consiglio, potrà essere impugnata dal *tutore*, dal *protutore*, dal *curatore*, dai *membri intervenuti all'adunanza*, che abbiano fatto parte della *minoranza dissenziente*, ed anche dal *ministero pubblico*. E infatti non sarebbe coerente la legge, che concede a queste persone di ricorrere contro ogni deliberazione presa a maggioranza di voti sopra affari particolari, forse di lieve interesse, se negasse loro di poter reclamare contro quella con cui la maggioranza avesse dichiarato regolarmente costituito il consiglio, che in realtà fosse illegale per la sede o per la sua composizione, mentre ciò potrebbe produrre pel minore danni gravissimi, duraturi per tutto il tempo della tutela e influenti sull'intero esercizio di essa.

Facciamo ora l'ipotesi che la dichiarazione di regolare costituzione del consiglio sia stata deliberata *ad unanimità;* e riteniamo, ben s'intende, che la convocazione e la deliberazione *quanto alla forma* siano state regolari, poichè altrimenti sarebbe diverso l'aspetto sotto cui il deliberato del consiglio potrebbe essere impugnabile, e di ciò parleremo più tardi. La ricerca nostra attuale riguarda soltanto l'impugnazione della costituzione del consiglio per illegalità della sua sede o della sua composizione; ed è del ricorso che vogliasi fondare su queste cause, che domandiamo da chi possa essere promosso. In questa ipotesi possiamo suddistinguere più casi ancora: che chi vorrebbe impugnare la deliberazione, con cui fu dichiarata regolare la costituzione del consiglio, non fosse intervenuto a quella adunanza, quantunque vi fosse stato chiamato; che, intervenuto, avesse dato egli pure il proprio voto favorevole; che avesse aderito dopo alla deliberazione a cui non fosse stato presente o contro la quale avesse votato. In nessuno di questi casi però potrebbero essere applicabili alla lettera le disposizioni dei citati articoli 260 codice civile e 815 proc. civile, poichè essi suppongono fondamentalmente,

come vedremo, che *la deliberazione impugnata nel merito non sia stata presa ad unanimità*. Dovremo dedurne senza altro che la dichiarazione di regolare costituzione del consiglio, da esso deliberata a voti unanimi, non sia mai suscettibile di contestazione da parte di alcuna delle persone contemplate dai predetti articoli? Prima di fissare questa conclusione, bisogna esaminare se ed a quali delle persone sopra indicate sia attribuibile una tale azione, per argomento di analogia o in virtù dei principii generali.

Notiamo però, innanzi tutto, che tra i casi che abbiamo supposto non comprendemmo quello in cui essendo stata omessa nella composizione del consiglio una persona che avrebbe dovuto farne parte in qualità di *consulente di diritto*, a norma dell'art. 252, sia questa persona stessa che reclami contro la costituzione del consiglio da cui fu illegittimamente esclusa. Ad essa infatti non par possibile in alcun caso negare il diritto di ricorso, sia poi che la illegale formazione del consiglio abbia avuto approvazione unanime dei votanti, od a sola maggioranza. Quella persona, più che come rappresentante del minore e per l'interesse di lui, agisce allora in proprio nome e per rivendicare un proprio diritto; ciò che evidentemente non le può essere conteso mai. Veniamo dunque ora alle ipotesi che abbiamo figurate, e cerchiamo risposta al quesito: se una illegale costituzione del consiglio, da esso deliberata ad unanimità, possa tuttavia essere impugnata da alcuna delle persone contemplate negli articoli 260 del codice civile e 815 di procedura civile.

Quanto al tutore, al protutore, al curatore, non sembra da dubitarne molto. Il tutore, per ufficio suo, rappresenta il minore in tutti gli atti civili (art. 277 cod. civ.); il protutore lo rappresenta nei casi di collisione d'interessi tra il minore stesso e il tutore, e in quelli di tutela vacante o abbandonata (art. 266 cod. civ.); il curatore non rappresenta veramente il minore emancipato, ma solo lo assiste negli atti determinati dalla legge (art. 317, 318, 319 codice

civile). Nondimeno anche al protutore o al curatore è attribuita una speciale rappresentanza del minore per ciò che riguarda l'impugnazione delle deliberazioni nocive all'interesse di lui, che possano esser prese dal consiglio di famiglia. Ciò risulta dal disposto dell'art. 260, che offre in questa parte un giusto argomento di analogia anche per la questione attuale. Ora, non essendo possibile disconoscere che una illegale costituzione del consiglio di famiglia possa produrre gravi danni pel minore, non è dunque nemmeno da negare ai predetti funzionari la facoltà d'impugnare nell'interesse del minore medesimo la deliberazione, quantunque unanime, colla quale il consiglio sia stato dichiarato costituito. Aggiungasi che coloro hanno inoltre impegnato anche l'interesse proprio nella regolare formazione del consiglio, alla cui autorità debbono essi medesimi rimanere soggetti per tutto il corso della tutela, nell'esercizio dei loro uffici. Accadrà più spesso che il tutore, il protutore o il curatore vengano così ad impugnare una deliberazione del consiglio alla quale non abbiano presa alcuna parte; e allora ne riuscirà tanto più chiara l'ammissibilità della loro azione. Ma posto ancora che, essendo fin dal tempo dell'apertura della tutela investiti del loro ufficio per virtù di disposizione testamentaria o di legge, fossero essi pure intervenuti alla prima adunanza del consiglio, e avessero concorso cogli altri nel dichiararne regolare la costituzione, forsechè ciò farebbe ostacolo a poter essi impugnare più tardi quella deliberazione? Si opporrà non essere da ammettersi che essi possano contraddire al fatto proprio? Ma, in primo luogo, questa massima non è applicabile se non per chi agisca nel proprio interesse personale; e qui, al contrario, il tutore, il protutore o il curatore agiscono principalmente nell'interesse del minore e in rappresentanza di lui. Eppoi, anche quanto a loro stessi, l'errore in cui caddero, concorrendo ad approvare una illegale costituzione del consiglio, non può vincolarli così, da dovere, senza possibilità di reclamo,

rimanere soggetti per tutta la durata del loro ufficio ad un consiglio incompetente per ragione della sua sede, o irregolarmente composto quanto alle persone. Rispetto ai consulenti, che quantunque chiamati non avessero preso parte nella deliberazione colla quale fu dichiarato costituito il consiglio, o che essendo intervenuti avessero concorso a votare per quella deliberazione, non parrebbe ammissibile il ricorso che poi promuovessero contro di essa. Potrebbe forse valere anche qui ciò che dicemmo in riguardo al tutore, al protutore o al curatore, che, cioè, impugnando la illegale costituzione del consiglio di famiglia, agiscano principalmente nell'interesse del minore rappresentandolo, e perciò non sia escluso che possano esercitare anche un'azione che venga contro il loro fatto stesso? Ma perchè giovasse questo argomento, bisognerebbe che ciascuno dei componenti il consiglio potesse considerarsi come legalmente rappresentante il minore. Ora, questa rappresentanza, se mai, risiederebbe nel consiglio di famiglia come corpo collettivo, non in ciascuno dei consulenti individualmente. D'altra parte neppure al consiglio, considerato in modo collettivo, appartiene veramente la rappresentanza del minore, che è attribuita normalmente al tutore, e solo in alcuni casi speciali al protutore. Si obbietterà forse che, secondo l'art. 260, anche gli altri componenti il consiglio di famiglia, non meno del tutore, del protutore e del curatore, sono considerati come rappresentanti legittimamente il minore per ciò che concerna l'impugnare le deliberazioni del consiglio che all'interesse del minore medesimo siano dannose? Ma è facile accorgersi della inesattezza di un simile asserto. L'articolo 260 non dà facoltà a qualunque dei componenti il consiglio di famiglia d'impugnare nell'interesse del minore qualsiasi deliberazione del consiglio stesso; ma ammette soltanto che quelle deliberazioni, le quali *non siano state prese all'unanimità*, possano essere impugnate *dai membri intervenuti all'adunanza*, i quali *abbiano fatto parte della minoranza dissenziente*.

Sembra chiaro pertanto che con questa disposizione così limitata non siasi inteso di attribuire ai consulenti, per la specialità dell'esercizio di questa azione, la qualità vera di rappresentanti il minore; ma piuttosto e soltanto di concedere a quelli tra i consulenti, che votarono contro una deliberazione adottata dalla maggioranza, il mezzo di sostenere in contraddittorio di questa davanti al tribunale quel partito che essi vorrebbero fare accogliere nell'interesse del minore stesso.

L'illegale costituzione del consiglio di famiglia potrebbe essere impugnata dal pubblico ministero? Non vediamo ragione di dubitarne. È dell'ufficio di questo magistrato il vegliare alla tutela delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica, e l'avere anche azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico (art. 139, L. 6 dic. 1865, n. 2626). E ben lungi d'esservi alcuna disposizione speciale, per la quale possa reputarsi derogato a questa regola generale per ciò che riguarda la legale costituzione dei consigli di famiglia, abbiamo anzi l'art. 815 del codice di procedura civile, che attribuisce al ministero pubblico il potere d'impugnare le deliberazioni di quei consigli non soggette ad omologazione; il che dunque può estendersi anche a quella deliberazione con cui sia stato dichiarato costituito un consiglio di famiglia, che non sia conforme alla legge. — Questa massima, che ci sembra certa, serve anche a temperare gl'inconvenienti che si potessero supporre derivabili dal non competere una simile azione a quei membri del consiglio di famiglia, i quali non abbiano preso parte alla deliberazione con cui esso fu dichiarato costituito, od abbiano votato essi pure in favore; poichè, se abbiano ragioni da far valere contro quella deliberazione, potranno sottoporle al ministero pubblico, dal quale sarà promosso il ricorso, se ne sia veramente caso.

Può reclamare direttamente contro la illegale costituzione del consiglio di famiglia il minore stesso a cui essa

riguarda. Non certamente il minore soggetto a tutela, perchè qualunque azione concernente il suo interesse deve essere esercitata per lui dal tutore, che lo rappresenta in tutti gli atti civili (art. 277 cod. civile); nè qui si tratta di uno di quei diritti esclusivamente personali, che non possono essere esercitati se non direttamente da colui al quale appartengono; e d'altra parte sarebbe sconveniente e discordante da tutto l'ordinamento della tutela l'ammettere che il minore potesse intervenire personalmente in ciò che riguarda l'organizzazione di essa. Vi è un solo rapporto, nel quale la nostra legge ha ammesso l'intervento personale del minore; ma non nel senso di attribuire a lui alcuna facoltà di risoluzione intorno agli affari, ma unicamente per assistere alle discussioni e deliberazioni del consiglio, escluso anzi espressamente che possa avervi voto deliberativo (art. 251 cod. civile).

Pel *minore emancipato* la cosa sarebbe diversa. Egli non è in uno stato di completa incapacità, non è costituito sotto l'autorità e la rappresentanza altrui per tutti gli atti della vita civile, come il minore soggetto a tutela; può fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione; può riscuotere capitali e *stare in giudizio*, sia come attore, sia come convenuto, colla semplice *assistenza* del curatore; può fare anche personalmente ogni altro atto eccedente la semplice amministrazione, purchè, oltre il consenso del curatore, riporti l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 317, 318, 319 codice civile). Se questo consiglio sia stato illegalmente costituito, ritenuto pure — come a noi parve — che il curatore dell'emancipato abbia qualità sufficiente, secondo lo spirito della nostra legislazione, per poter ricorrere al tribunale nell'interesse e in rappresentanza dell'emancipato stesso, allo scopo d'impugnare la deliberazione con cui quel consiglio fu costituito, e farlo ricomporre a norma di legge; non può tuttavia esservi ostacolo a che la medesima azione si eserciti anche personalmente dall'emancipato colla

assistenza del curatore, secondo la regola generale dello art. 318.

Può essere impugnabile la costituzione del consiglio anche da parte di terze persone? L'affermativa non sembra contestabile in massima; purchè i terzi, da cui fosse promossa l'azione, potessero allegare in appoggio un proprio *interesse legittimo ed attuale.* Ciò veramente non è facile a verificarsi, poichè la costituzione del consiglio di famiglia riguarda per sè l'interesse del minore, non quello di terze persone; ma non par nemmeno da escluderne assolutamente la possibilità. Trattasi, per esempio, di procedere a divisioni; nelle quali essendo interessato il minore, bisogna che l'atto relativo sia autorizzato dal consiglio di famiglia colla omologazione del tribunale (art. 296, 301 cod. civ.). Ma il consiglio di famiglia è illegalmente costituito, così che l'autorizzazione che esso concedesse sarebbe nulla, e nullo conseguentemente sarebbe anche l'atto divisionale. I terzi partecipanti alla divisione, non potendo difendersi coll'allegare la loro *buona fede*, poichè conoscono il vizio d'illegalità del consiglio, rimarrebbero dunque esposti alla azione di nullità finchè non fossero trascorsi *sei mesi dal giorno della prima convocazione del consiglio* (art. 256, § 2, cod. civile). Hanno pertanto un interesse legittimo ed attuale ad impugnare la costituzione del consiglio, affinchè sia ricomposto secondo la legge; e la loro azione a tal uopo sarebbe quindi in questo ed in altri simili casi ammissibile.

Basterebbe poter addurre anche un semplice *interesse morale* per impugnarsi da un terzo la costituzione del consiglio di famiglia? Allora tutti i parenti, od anche tutti gli affini del minore potrebbero esercitare l'azione. Ma evidentemente si aprirebbe con ciò un campo amplissimo, in cui potrebbero agitarsi, sotto pretesto d'interesse morale, interessi e passioni realmente opposti al bene del minore, e venire a turbare dannosamente l'ordinamento della tutela. D'altra parte l'*interesse morale* può bensì dare fon-

damento legittimo a certe azioni, o per la stessa peculiare indole giuridica di esse, o pel disposto testuale, o per lo spirito manifesto del diritto positivo. Ma, eccettuati questi casi speciali, la regola generale è che l'interesse, su cui può fondarsi l'esercizio di un'azione, debba essere *pecuniario, legittimo ed attuale*.

È per un interesse morale, certamente, che agisce colui, il quale, avendo qualità di *consulente di diritto*, sia rimasto escluso illegittimamente dalla formazione del consiglio, ch'egli perciò impugni; ma allora è appunto *per la natura speciale dell'azione*, ch'egli esercita non tanto nell'interesse del minore quanto in nome proprio, è perchè egli fa valere un proprio diritto d'ordine esclusivamente morale e giuridico, non d'interesse patrimoniale, che quell'interesse morale è sufficiente per legittimare l'azione intentata.

Ci resta di rispondere ad un ultimo quesito: contro quali persone può essere diretta l'azione, con cui s'impugni la costituzione del consiglio di famiglia? Pel caso in cui il consiglio medesimo abbia deliberato su di ciò, a norma dell'articolo 256, § 1, per sola maggioranza di voti, provvede bastantemente la disposizione, che più volte abbiamo citata, dell'art. 260, da cui risulta che anche tale deliberazione s'impugna " dinanzi al tribunale *in contraddittorio* " *dei membri che furono d'avviso conforme alla medesima* "; ciò che è confermato poi dall'altro art. 815 del codice di procedura civile.

Ma supposto pure che la deliberazione fosse stata presa all'unanimità, non pare che la risoluzione potrebbe essere diversa. Contro chi altri potrebbe promuoversi l'azione per far annullare la costituzione del consiglio, se non contro i componenti del consiglio medesimo illegalmente formato, che ne hanno fatta deliberazione? Non certo contro il minore, nel cui interesse principalmente è anzi presentato il ricorso. D'altro lato è anche giustificato giuridicamente che l'avvenuta costituzione d'un consiglio di famiglia non possa essere annullata senzachè coloro, i quali, in virtù

dell'art. 256 del codice civile, l'hanno dichiarata regolare, siano chiamati a difendere la propria deliberazione e il proprio diritto. Anche sotto questo aspetto sembra confermato, pertanto, che quando la predetta deliberazione sia stata presa all'unanimità, sia contro tutti quelli che l'hanno votata che debba promuoversi l'azione per impugnare la costituzione del consiglio di famiglia, salva a loro la facoltà d'*incaricare uno di essi per sostenere il giudizio*, come è ammesso espressamente nell'art. 815 del codice di procedura civile.

E poichè le considerazioni predette sono applicabili ugualmente qualunque sia la persona da cui l'azione venga promossa, reputeremmo che la stessa massima dovesse seguirsi quand'anche fosse il ministero pubblico, che a norma del citato art. 815 impugnasse la formazione del consiglio. Nè ci persuade l'opinione manifestata da uno scrittore autorevolissimo, il quale penserebbe che il pubblico ministero non avesse in tali casi a seguire un procedimento contenzioso, ma premesso un avvertimento al pretore, e quando questi *non correggesse sè stesso ricomponendo il consiglio*, avesse a portare istanza al tribunale, *il quale imporrebbe amministrativamente al pretore la regola* di ricomposizione del consiglio (1). Argomentando dall'art. 815 succitato, che accorda al *ministero pubblico*, come ai *membri della minoranza del consiglio*, la facoltà d'impugnare *davanti il tribunale* le deliberazioni del consiglio stesso non soggette ad omologazione, e dice doversi *in ambedue i casi notificare la domanda con citazione in via sommaria ai membri della maggioranza del consiglio*, è mai possibile sostenere che il procedimento debba riguardarsi non come contenzioso, ma come puramente *amministrativo ?* E come si può dire che “ il pretore, avvertito dal pubblico ministero, non tar- “ derà di correggere sè stesso ricomponendo il consiglio „, mentre, emanata che sia la deliberazione, colla quale, a

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 581, pag. 920.

forma dell'art. 256, il consiglio medesimo siasi dichiarato regolarmente costituito, il pretore non potrebbe più mutarne la composizione, se non dopo che quella deliberazione fosse annullata dal tribunale? (1).

Si parla della singolare natura di tale deliberazione, la quale — si dice — " *procede piuttosto dal giudice che dal* " *parere dei consulenti estranei al diritto* „. Ma questa affermazione sembra in diretta contraddizione col disposto dell'art. 256, che fa emanare non dal solo pretore, ma dal consiglio la dichiarazione che esso sia regolarmente costituito.

Si dice che " l'intervento del pubblico ministero ha più " presto carattere di ordinatore o di riparatore, che di " oppositore; non si procede per via di citazione; non si fa " una lite „. Ma anche ciò è in opposizione al testo dello art. 815 proc. civile che s'invoca; poichè, come già osservammo, quell'articolo dichiara espressamente che *in ambedue i casi* — cioè tanto se la deliberazione del consiglio sia impugnata dai membri della minoranza, quanto dal pubblico ministero — la *domanda è notificata con citazione* ai membri della maggioranza, contro i quali si procede *in giudizio sommario*.

Si sostiene che " veri avversari non ci sono; mancherebbe la materia della lite, niuno avendo propriamente " l'interesse della irregolarità „. Ma par chiaro, all'opposto, che *veri avversari* sono, per la natura stessa delle cose, coloro che, a forma dell'art. 256, si sono dichiarati regolarmente costituiti in consiglio di famiglia; che la materia della lite non manca, e consiste nel diritto contestato di quel consiglio, che si dichiarò regolarmente costituito, mentre altri pretende in contrario che non lo sia, o per incompetenza o per illegale composizione; che infine, se *niuno ha l'interesse della irregolarità*, coloro però che si credono *regolarmente costituiti* in consiglio di famiglia hanno

(1) V. sopra, n. 60, pag. 218-220.

interesse legittimo a sostenere il proprio diritto, come coloro che impugnano hanno interesse legittimo, o per sè o pel minore, di sostenere il contrario.

Tutto ciò che dicemmo finora rispetto alle persone, dalle quali o contro le quali può essere promosso il ricorso, con cui s'impugni la costituzione del consiglio di famiglia, non deve estendersi al pretore presidente. Il quale, essendo posto a capo del consiglio nella qualità sua di magistrato, non può quindi andar soggetto ad azione civile esercitata contro di lui, se non nei casi di eccezione stabiliti dal codice di procedura civile (art. 783 e seguenti); e coerentemente non può neppur figurare in tale qualità come attore; poichè se ciò gli fosse conceduto, dovrebbesi per giustizia ammettere corrispondentemente che altri potesse dirigere l'azione contro di lui. Il pretore rimane così estraneo a tutte le contestazioni, in cui possa trovarsi impegnato il consiglio del quale è capo; e ciò è conforme alla imparzialità ed alla dignità dell'ufficio ch'egli è chiamato ad esercitarvi.

81. Non è stabilito dalla legge alcun termine, entro il quale debba essere promossa l'azione, con cui s'impugni l'atto costitutivo del consiglio di famiglia. Insistiamo in questa idea, che abbiamo già espressa altrove (1), sebbene sia insegnato da alcuni autorevoli interpreti che debbasi applicare a questo proposito la disposizione dell'art. 256, § 2; ritenendo perciò inattaccabile la costituzione del consiglio di famiglia, per quanto sia irregolare, dopo che siano *trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione* (2).

Ma, come dicemmo nel luogo citato, par chiaro che quell'articolo, parlando *degli atti del consiglio di famiglia* — i quali *non si potranno più impugnare per ragione d'in-*

(1) V. sopra, n. 78, pag. 299.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 256, vol. I, § 579; IV, pag. 914; Ricci, vol. I, n. 419, pag. 540.

competenza o d'irregolare sua costituzione, trascorso che sia quel termine di sei mesi — non si vuol riferire ad un reclamo che sia diretto contro la costituzione stessa del consiglio per farlo ricomporre legalmente, ma solo ad un ricorso che abbia per iscopo di far annullare determinati atti, fatti in esecuzione di deliberazioni prese da un consiglio incompetente o irregolarmente composto. E una prova evidente se ne ricava, a veder nostro, anche dalla disposizione finale del medesimo articolo, dove è parlato del *pregiudizio che l'annullazione di tali atti possa arrecare a terze persone, le quali siano in buona fede*; il che non può verificarsi se non per gli *atti fatti in esecuzione delle deliberazioni del consiglio*, dai quali appunto possono essere derivati rapporti giuridici tra il minore e terze persone, e queste perciò soffrirebbero danno dall'annullazione di quegli atti; mentre per certo nessun pregiudizio potrebbe derivare a loro dall'annullare nell'interesse del minore l'atto costitutivo d'un consiglio di famiglia incompetente o illegalmente composto. Che se dalla lettera ricorriamo allo spirito della legge, troviamo bensì giusto che nell'interesse dei terzi sia vietato d'impugnare atti produttivi di effetti giuridici in loro favore, e compiuti in esecuzione di deliberazioni del consiglio di famiglia, qualora l'incompetenza o l'irregolare costituzione di esso non essendosi fatta valere entro sei mesi dopo la prima convocazione, i terzi contraenti abbiano in ciò motivo ragionevole di tenersi sicuri da ogni assalto da questa parte, e sia così assodata in loro favore quella *buona fede*, la quale deve senz'altro proteggerli contro tale azione. Ma in verità non sapremmo scorgere ragione, che potesse giustificare la legge, se pel solo decorso di sei mesi dopo la costituzione d'un consiglio di famiglia incompetente o irregolarmente composto, essa consacrasse in certo modo la violazione delle proprie disposizioni, volendo mantenuto irreparabilmente per tutto il corso della tutela un consiglio, la cui costituzione devesi necessariamente reputare contraria all'interesse del minore,

poichè è fatta in opposizione alle norme, che appunto per proteggere quegl'interessi furono dettate.

La giustificazione d'un tale concetto fu tentata dal *Borsari,* dicendo che “ era necessaria una prescrizione breve “ per non *compromettere le future deliberazioni e lasciare* “ *lungamente nell'incerto il processo dell'amministrazione* „.

Ma in che mai si compromettono le future deliberazioni, facendo sì ch'esse abbiano ad emanare, non più da un consiglio incompetente o irregolarmente composto, ma da un nuovo consiglio legalmente costituito? Nè poi parrebbe modo opportuno di togliere ogni incertezza nel processo dell'amministrazione il rendere stabile in essa la illegalità.

Gli stessi onorandi scrittori che abbiamo citati, mentre convengono in una massima, che a noi pare non giusta, discordano poi nei particolari. Secondo il *Borsari*, oltre il termine dei sei mesi non sarebbe permesso di disputare nè della incompetenza, nè della irregolare costituzione del consiglio. Secondo il *Ricci*, la proibizione sarebbe riferibile unicamente all'impugnare la composizione del consiglio; ma nulla impedirebbe, anche trascorsi sei mesi, di proporre l'incompetenza del consiglio, quand'esso non fosse stato costituito dall'autorità del luogo in cui trovavasi la sede principale degli affari del minore. E questa distinzione si farebbe emergere dal confronto col primo paragrafo del medesimo art. 256, che si reputa riguardare appunto unicamente la composizione del consiglio. Ma questa stessa interpretazione sembra erronea. Il primo paragrafo dello art. 256 impone al consiglio di dichiarare, nella sua prima adunanza, *se sia regolarmente costituito*. Ciò comprende evidentemente tanto la legalità della sede, quanto della composizione; poichè se l'una o l'altra mancasse, il consiglio non potrebbe dichiararsi *regolarmente costituito.* D'altra parte il secondo paragrafo contempla chiaramente e distintamente l'*incompetenza* e la *irregolare costituzione* del consiglio; e se questa disposizione fosse applicabile — come si pretende — anche al ricorso diretto contro la

costituzione stessa del consiglio, diverrebbe impossibile sostenere, contro il testo della legge, che anche dopo i sei mesi potesse essere proposta la incompetenza del consiglio stesso. Il vero è che ciò che si ammette da questo scrittore per la incompetenza, deve estendersi anche alla irregolarità della composizione; perchè per l'una e per l'altra causa può impugnarsi la costituzione illegale del consiglio di famiglia, anche quando siano trascorsi i sei mesi dopo la prima convocazione, e per tutta la durata della tutela; perchè l'art. 256, § 2, contempla unicamente la impugnazione degli atti relativi a particolari affari della tutela, che siano stati compiuti in esecuzione di corrispondenti deliberazioni emanate da un consiglio incompetente o irregolarmente composto.

Quanto al modo in cui si possa ricorrere contro una illegale costituzione del consiglio di famiglia, crediamo necessario richiamare una distinzione, che abbiamo accennata in altro luogo (1). Finchè il consiglio sia composto soltanto per le nomine che in mancanza di consulenti di diritto siano state fatte dal pretore, a norma dell'art. 253, il consiglio medesimo non è ancora legalmente costituito. I decreti emanati dal pretore, in questa materia di giurisdizione volontaria, sono ancora revocabili da lui. E se accada di reclamare perchè le nomine fatte si ritengano non conformi alla legge, il ricorso potrà essere presentato al pretore stesso; e contro il decreto, con cui egli respingesse l'istanza, vi sarebbe ancora luogo a poter proporre reclamo al presidente del tribunale, secondo la massima generale stabilita nell'articolo 782 del codice di procedura civile.

Ma quando nella prima sua convocazione il consiglio siasi dichiarato regolarmente costituito, a forma dell'articolo 256, § 1, esso ha ormai una esistenza legale, con quel carattere di permanenza che la legge stessa gli ha

(1) V. sopra, n. 60, pag. 218-220.

attribuito, sì quanto alla stabilità della sede, che all'invariabilità della sua composizione. Da quel punto adunque, se avvenga d'impugnare la costituzione del consiglio, o per incompetenza, o per irregolarità, non si può farlo se non chiedendo l'annullamento della deliberazione presa dal consiglio medesimo, secondo il predetto articolo 256, § 1; ed a pronunciare tale annullamento non è competente che il tribunale del luogo ov'è la sede del consiglio, al qual tribunale bisogna pertanto ricorrere nelle vie giudiziali. Tali ci sembrano le regole risultanti chiaramente dal sistema adottato in questa materia dalla nostra legislazione. E tanto le riteniamo certe, che non abbiamo esitato ad ammetterne l'applicabilità anche pel caso in cui sia il ministero pubblico che impugni la illegale costituzione del consiglio, come dimostrammo in fine del numero precedente.

82. Quando sia accolto il ricorso, col quale sia stata impugnata la costituzione del consiglio di famiglia, è chiaro quale debba essere l'effetto irrecusabile della sentenza pronunciata in proposito dal tribunale competente. Quel consiglio deve considerarsi come non mai costituito. Qualunque atto, ch'esso facesse d'allora in poi, sarebbe quindi non solo annullabile, ma affatto *inesistente*, non suscettibile di produrre alcun effetto giuridico; sicchè chiunque avesse interesse potrebbe in qualunque tempo opporre, contro chi adducesse per qual si fosse scopo quegli atti, la loro inesistenza — la quale potrebbe anche essere rilevata d'ufficio dai giudici — senzachè potesse valere in contrario conferma o prescrizione. Nè certo sarebbe applicabile qui la teoria, che altrove dimostrammo, intorno alla *tutela di fatto* (1); nè si potrebbe sostenere che, continuando di fatto ad agire il consiglio dichiarato illegale, ne derivassero, per alcuni rapporti almeno, effetti giuridici pari a quelli che sono

(1) V. sopra, n. 20, pag. 59 e seguenti.

prodotti dalle funzioni esercitate da un consiglio legittimamente costituito. Havvi tra l'un caso e l'altro una differenza sostanziale e decisiva. L'ufficio del tutore è principalmente esecutivo, e l'essere esercitato abusivamente non toglie agli atti, per quanto illegittimamente compiuti, un'influenza reale, buona o cattiva, negli affari del tutelato. Ciò posto, è giusto e necessario che i rapporti giuridici derivabili da quegli atti tra l'amministrato e l'amministratore rimangano soggetti alle norme comuni della tutela, acciocchè non manchi al tutelato la protezione stabilita nell'interesse di lui, quando appunto di quella protezione ha maggiore bisogno, poichè si trova di fatto soggetto ad una persona che esercita l'ufficio di tutore senza averne la qualità legittima. All'opposto, le funzioni del consiglio di famiglia sono puramente di autorità, e si esercitano col mezzo di deliberazioni, colle quali s'impongono certi provvedimenti o si autorizzano certi atti. Tutto ciò suppone che il consiglio esista almeno giuridicamente, se anche la sua costituzione possa essere annullabile; essendo impossibile concepire un atto di autorità, se l'ente da cui dovrebbe emanare non abbia alcuna esistenza giuridica. Poichè dunque, una volta annullato per sentenza del tribunale l'atto costitutivo del consiglio di famiglia, questo è da considerarsi per l'avvenire come non più esistente giuridicamente, è chiaro ancora che qualunque atto, che esso facesse d'allora in poi, non potrebbe mai avere effetto alcuno, nè produrre rapporti giuridici efficaci.

Da ciò stesso deriva la necessità di costituire immediatamente un nuovo consiglio; il che dovrà farsi dall'autorità e colle forme ordinariamente stabilite, come se si trattasse di provvedervi al momento dell'apertura della tutela.

Quanto al passato, bisogna tener conto dell'effetto naturalmente retroattivo della sentenza, che dichiari nullo l'atto costitutivo del consiglio di famiglia, in forza di che questo atto deve considerarsi *come non avvenuto*. Ciò però non

distrugge il carattere differenziale della semplice annullabilità, in confronto del caso che l'atto costitutivo fosse stato inesistente giuridicamente.

Alla qual differenza si dovrà pur sempre aver riguardo quanto agli atti che il consiglio di famiglia, di cui fu dichiarata nulla la costituzione, avesse compiuti nell'intervallo prima dell'annullazione. Quegli atti dovranno coerentemente anch'essi considerarsi come semplicemente annullabili, non come inesistenti giuridicamente. Ed anzi è importante l'osservare che l'annullamento dell'atto costitutivo del consiglio di famiglia non è da confondersi colla annullazione delle deliberazioni ch'esso abbia prese, o degli atti particolari che in esecuzione di tali deliberazioni siano stati compiuti; nè quello trae seco necessariamente questa. Infatti l'interesse del minore, dominante su questa materia della tutela, consiglia bensì sempre a far ricomporre a norma di legge il consiglio di famiglia quando sia stato illegalmente costituito; ma l'annullamento delle deliberazioni che quel consiglio avesse prese, o degli atti effettuati in esecuzione di esse, potrebbe talora, all'opposto, pregiudicare gravemente all'interesse del minore. D'altra parte le persone, che possono impugnare l'atto costitutivo del consiglio di famiglia, non sono sempre quelle stesse a cui può competere azione per far dichiarare la nullità delle deliberazioni particolari prese dal consiglio medesimo, o degli atti conseguenti. Infine, rispetto a questi ultimi, possono opporsi eccezioni deducibili da decorso di tempo o da buona fede di terzi interessati — secondo il disposto dell'art. 256, § 2 — le quali eccezioni dimostrammo invece non poter impedire il ricorso contro una illegale costituzione del consiglio. Teniamo dunque ferma la massima che l'annullazione dell'atto costitutivo del consiglio di famiglia non trae seco di necessità l'annullamento di tutte le deliberazioni emanate da quel consiglio e di tutti gli atti conseguenti; che la sentenza dichiarante quell'annullazione pone bensì fuori d'ogni possibilità di contesta-

zione futura l'incompetenza o l'irregolare costituzione di quel consiglio, e dà luogo quindi a potere senz'altro su questa base promuovere azione di nullità contro le deliberazioni particolari del consiglio medesimo, e contro gli atti che ne susseguirono; ma appunto è necessario che tale annullazione sia promossa a parte, dalle persone a cui la legge ne attribuisce la facoltà, e dentro il tempo e sotto le limitazioni che ci riserbiamo di dimostrare ulteriormente.

83. II. — Sono impugnabili anche le singole deliberazioni, che il consiglio di famiglia o di tutela abbia prese sovra particolari affari della gestione tutelare. E intorno a ciò importa di tener ferma la distinzione, che già altrove abbiamo fatta, tra i casi in cui una deliberazione sia attaccata per impedirne l'esecuzione, o invece s'impugni l'atto o la convenzione a cui siasi proceduto in esecuzione della deliberazione stessa (1); non perchè nell'un caso e non nell'altro sia ammissibile il ricorso, ma perchè in diversi rapporti si riscontrano fra quei casi importanti differenze, che nel luogo citato furono dimostrate.

Dicemmo che una deliberazione del consiglio può essere impugnabile, tanto per opporsi alla esecuzione di essa, quanto per far annullare gli atti o i contratti che in conseguenza di essa siano stati compiuti; e ciò, come regola generale, non ammette dubbio. Sarebbe strano, infatti, sarebbe contrario all'interesse del minore, che forma lo scopo di tutte le disposizioni della legge in questa materia, se, data una deliberazione del consiglio, fosse inevitabile lasciarla eseguire, per quanto essa fosse in opposizione alla legge rispetto alla forma, o contraria all'interesse del minore rispetto alla sostanza della risoluzione; e solo si potesse poi reclamare contro l'atto o il contratto in cui l'esecuzione di quel deliberato si fosse concretata, per far annullare l'atto o il contratto medesimo, che impu-

(1) V. sopra, n. 77, pag. 297 e seguenti.

gnando direttamente e immediatamente la deliberazione del consiglio sarebbesi potuto ovviare.

Quanto alle cause, per le quali le deliberazioni del consiglio possano essere impugnate allo scopo d'impedirne la esecuzione, esse furono pure indicate incidentemente nel luogo a cui sopra ci riferimmo. Quelle cause riguardano talvolta la *forma:* o per ragione d'*incompetenza*, o d'*irregolare costituzione* del consiglio, o per violazione della legge *nella convocazione o nella deliberazione* di esso; altre volte riguardano la sostanza, o, come dicesi, *il merito* della deliberazione, perchè questa sia contraria all'interesse del minore. Siccome però per quest'ultimo caso sono stabilite dall'art. 260, § 2, del nostro codice norme particolari, le quali possono poi per analogia essere applicabili in certi rapporti anche ai casi in cui una deliberazione del consiglio sia impugnata quanto alla forma, reputiamo quindi più utile premettere la dimostrazione delle regole concernenti l'impugnazione delle deliberazioni quanto al merito.

84. (*a*) L'art. 260 surricordato, dopo avere stabilito, nel primo paragrafo, che *quando una deliberazione non sia presa all'unanimità*, debba farsi menzione nel processo verbale dell'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia, soggiunge poi nel paragrafo secondo:

" Il tutore, il protutore, il curatore ed anche i membri " intervenuti all'adunanza potranno impugnare *tale delibe-* " *razione* dinanzi al tribunale in contraddittorio dei membri " che furono d'avviso conforme alla medesima ".

Una deliberazione legale quanto alla forma, che sia stata presa da un consiglio competente, regolarmente costituito, e *ad unanimità di voti*, non può dunque formare oggetto di contestazione giudiziale per impugnazione che se ne faccia davanti al tribunale. L'accordo unanime in quella risoluzione da parte di coloro a cui la legge ha affidata la direzione suprema degli affari della tutela, costituisce una guarentia sufficiente dell'interesse del minore, perchè non

si abbia da aprir l'adito ad una contestazione; la quale, oltre a scemare il prestigio dell'autorità del consiglio, che adottò concordemente quel determinato partito, potrebbe anche talora essere provocata pel solo scopo di ritardare il corso degli affari tutelari in danno del minore. Tale sembra il concetto fondamentale della riferita disposizione. La quale infatti comincia dal supporre che la deliberazione *non sia presa all'unanimità;* e dichiarando poi quali siano le persone, contro cui si deve procedere nell'impugnarla, dice che saranno *i membri che furono d'avviso conforme alla medesima.* È vero che espressioni simili si trovavano nell'art. 883 del codice di procedura civile francese, da cui questo art. 260 del nostro codice civile fu tratto; e ciò non ostante, sebbene la giurisprudenza inclinasse a ritenere che non si potessero impugnare nel merito le deliberazioni in cui il consiglio di famiglia fosse stato unanime, nella dottrina però prevaleva l'opinione contraria. Poichè se qualche autore, senza trattare esplicitamente la questione, lasciava supporre di considerarla già risolta dal testo della legge nel senso che fossero impugnabili per il merito le sole deliberazioni votate a maggioranza (1), altri, all'opposto, sostenevano apertamente che le deliberazioni contrarie nella loro sostanza all'interesse del minore potessero essere impugnate quand'anche fossero state prese alla unanimità (2). Osservavano questi, che anche una deliberazione unanime potendo essere dannosa al minore, conveniva dunque che fosse aperto un ricorso al fine d'impedire che venisse eseguita; che a ciò non poteva far ostacolo l'avere anche votato per quella deliberazione il tutore, o quei membri del consiglio di famiglia i quali poi la impugnassero, poichè essi ricorrendo non agirebbero pel proprio interesse, ma per quello del minore, che non hanno il potere di compromettere; che poi ad una tal massima non

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 337 e seguenti.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 112, n[a] 7; Aubry et Rau, t. I, § 96, n[a] 8; Laurent, t. IV, n. 469, pag. 584-585.

resisteva neppure il testo della legge, il quale supponeva bensì — come più frequente a verificarsi nei casi in cui venissero impugnate deliberazioni per impedirne l'eseguimento — che le risoluzioni del consiglio non fossero state unanimi, ma non ne faceva una condizione indispensabile.

Senza contestare il valore di queste considerazioni, ci limiteremo a notare che nel diritto nostro non abbiamo unicamente il testo dell'art. 260 del codice civile, che supponga impugnabili nel merito le sole deliberazioni prese dal consiglio a maggioranza di voti; ma ciò è poi confermato dall'art. 815 del codice di procedura civile, nel quale è detto che " le deliberazioni del consiglio non soggette ad " omologazione possono impugnarsi *dai membri* " *della minoranza* " notificando la domanda con citazione in via sommaria " *ai membri della maggioranza del consiglio* ".

Aggiungeremo doversi anche avere riguardo alla diversità del sistema, che nel codice nostro ha fatto del consiglio di famiglia un corpo permanente, la cui missione non è ristretta a singole deliberazioni sovra affari particolari, ma comprende la sovrintendenza continua e la direzione superiore di tutta la gestione tutoria. Il che accresce la dignità e l'autorità di questo corpo deliberante; giustifica una fiducia tanto maggiore nelle sue risoluzioni, allontana i pericoli, che pur deliberando ad unanimità di voti, esso prenda determinazioni contrarie agli interessi del minore per poca conoscenza degli affari di lui. Certo, non è da escludere con tutto ciò la possibilità che qualche deliberazione del consiglio, quantunque unanime, sia dannosa pel minore; ed allora potrà lamentarsi che non sia aperta la via ad alcun ricorso per impedirne l'eseguimento. Ma ciò non accadrà mai che in affari di minore importanza, poichè pei più gravi è necessaria, secondo l'art. 301, l'omologazione del tribunale; ed oltre alla maggior guarentia, che offre questo provvedimento, è poi anche possibile l'intervenirvi a chi abbia interesse per sè o pel minore, opponendosi all'omologazione. In quegli stessi affari poi meno

importanti, è difficile supporre l'accordo di tutti, pretore, tutore, protutore, consulenti, in una deliberazione che veramente sia di danno al minore; e in qualche raro caso, in cui ciò possa verificarsi, sarà minor male lasciar luogo all'eseguimento della deliberazione in omaggio all'autorità del consiglio, da cui fu emessa ad unanimità, che aprire l'adito per tutti i casi ad impugnare le risoluzioni prese concordemente, sotto il pretesto che offendano gl'interessi del minore, e il più delle volte colla sola mira d'incagliare con ritardi dannosi l'andamento degli affari di lui.

Da queste considerazioni sembra giustificata nel diritto nostro la massima, che le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia ad unanimità di voti non possano mai essere impugnate nel merito, come contrarie all'interesse del minore, neppure dal tutore, nè dal protutore, nè da quei consulenti che non avessero presa alcuna parte alle deliberazioni stesse. E tale massima è infatti ammessa senza contraddizione dagli scrittori nostri (1). Ben s'intende però esser essa applicabile solamente quando la causa, per cui si vorrebbe impugnare una deliberazione unanime del consiglio, consista unicamente *nell'interesse del minore, a cui si pretenda che sia contraria quella deliberazione;* non quando la causa della impugnazione consista nell'essere stata direttamente violata la legge, sia in danno del minore stesso, sia offendendo il diritto d'una terza persona. Così, supposto che il consiglio avesse ad unanimità nominato tutore dativo un incapace, non vi è dubbio che la deliberazione potrebb'essere impugnata; poichè non la si attaccherebbe semplicemente come contraria all'interesse del minore, ma come recante una diretta violazione della legge. Supponendo che fosse pure stata unanime la decisione del consiglio sopra una domanda di esclusione o rimozione del tutore, o del protutore, o di un consulente — tanto se

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, n. 579; Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 581, pag. 919; Ricci, vol. I, n. 426.

tale domanda fosse stata accolta, quanto se fosse stata respinta — vi sarebbe luogo ugualmente al richiamo davanti al tribunale, com'è ammesso espressamente dalla disposizione dell'art. 271 codice civile: poichè qui pure sarebbe violata la legge, con offesa dei diritti di terze persone, oltre al danno che potrebbe anche patirne l'interesse del minore. Lo stesso dicasi pel caso in cui il consiglio di famiglia fosse stato concorde nel *rigettare la domanda di dispensa* proposta dal tutore o dal protutore; com'è anche qui espressamente disposto dall'art. 275. Supposto invece il caso inverso, che il consiglio di famiglia avesse unanimemente ammessa la domanda di dispensa, proposta a forma del predetto articolo 275, non parrebbe farsi luogo ad azione per impugnare la deliberazione da parte di colui che fosse stato chiamato ad esercitare l'uffizio in luogo del tutore scusato; chè non potrebbe dirsi violata la legge, nè offeso il diritto della persona a cui sarebbe stato imposto l'onere della tutela, dal momento che il successivo art. 276 lascia sempre in libera facoltà del consiglio di famiglia di dispensare il tutore, il protutore o il curatore consenziente, ogni volta che a suo prudente criterio riconosca necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore.

85. La disposizione dell'art. 260, § 2, è generale; e comprende indistintamente tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, che non siano state prese all'unanimità.

Ammessa questa regola, che non sarebbe possibile porre in dubbio a fronte del nostro articolo, si sarebbe tentati di farne subito applicazione alle deliberazioni del consiglio soggette e non soggette ad omologazione; ritenendo che sì le une come le altre fossero egualmente irrepugnabili quando fossero prese ad unanimità; ma al contrario, se date a sola maggioranza, potessero essere impugnate mediante azione portata dinanzi al tribunale dal tutore, dal

protutore, dal curatore, dai consulenti intervenuti all'adunanza e dissenzienti, e dal ministero pubblico, a norma del predetto articolo e dell'815 del codice di procedura civile. Una simile massima era infatti accettata dalla dottrina francese (1). Nel diritto nostro risulta chiaramente — come dimostrammo in altro luogo — dalla disposizione stessa del ricordato art. 815 proc. civile, che la regola scritta nell'art. 260, § 2, del codice civile è stabilita soltanto *per le deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione;* che le deliberazioni, le quali, a norma di legge, non siano esecutorie se non dopo che il tribunale le abbia omologate, non sono suscettibili d'una vera impugnazione nella forma ordinaria — cioè mediante azione promossa davanti il tribunale — ma solo vi è luogo a fare opposizione all'istanza con cui se ne chieda l'omologazione (2). Nel luogo ora citato accennammo però che la facoltà di opporsi all'omologazione non può ammettersi se non per le deliberazioni a questa soggette, le quali *non siano state prese all'unanimità.* E infatti sebbene l'art. 260 non sia direttamente applicabile, come dicemmo, che alle sole *deliberazioni non soggette ad omologazione*, anche per quelle che debbano esservi sottoposte secondo la legge può però quella disposizione essere invocata per argomento di analogia. Imperocchè i motivi, pei quali dimostrammo essere stato stabilito che non si possano impugnare nel merito, solo perchè ritenute contrarie all'interesse del minore, quelle deliberazioni le quali siano state votate all'unanimità, ed all'opposto le deliberazioni prese a sola maggioranza possano essere impugnate dal tutore, dal protutore, dal curatore, dai consulenti intervenuti e dissenzienti, e dal ministero pubblico, quei motivi sono perfettamente comuni anche alle deliberazioni soggette ad omologazione. La differenza è solo nella forma, in cui la contestazione può

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 9; Laurent, t. IV, n. 449, pag. 585.
(2) V. sopra, n. 76, pag. 294, 295.

essere sollevata e trattata, non nelle condizioni alle quali la deliberazione possa essere impugnabile. Ben s'intende che per le deliberazioni soggette ad omologazione e prese ad unanimità, pur mancando un vero *diritto di formale opposizione* all'omologazione stessa, nulla però impedirebbe che fossero presentate o dal tutore, o dal protutore, o dal curatore, o dai consulenti non intervenuti all'adunanza, osservazioni tendenti a dimostrare che la deliberazione del consiglio non fosse conforme al vero interesse del minore; delle quali osservazioni il tribunale terrebbe quel conto che stimasse essere del caso.

Parlando dell'articolo 883 del codice di procedura civile francese — a cui corrisponde il 260 del codice civile nostro — uno scrittore autorevolissimo ha sostenuto che quella disposizione *riguardi unicamente le deliberazioni relative alla amministrazione dei beni del minore; e che solo entro questi limiti la disposizione predetta possa considerarsi come generale;* e ne ha addotto per motivi principali, che solo tali deliberazioni possono lasciar luogo a pronunciarsi dal tribunale una decisione riformatrice definitiva, ordinando esso medesimo ciò che debba farsi nell'interesse del minore; e che quando la legge ha voluto eccezionalmente ammettere il ricorso contro una deliberazione non concernente l'amministrazione dei beni del minore, lo ha dichiarato in modo espresso; come ha fatto per le deliberazioni del consiglio relative all'esclusione o rimozione o alla dispensa dall'ufficio di tutore o di protutore (art. 271, 275 codice civile) (1). Ma questa teoria non sembra accettabile; poichè a tenore di essa le deliberazioni prese dal consiglio a sola maggioranza sarebbero impugnabili qualora riguardassero l'amministrazione dei beni e l'interesse della contestazione fosse quindi meramente *pecuniario;* e all'opposto sarebbero irrepugnabili quando non concernendo esse l'amministrazione dei beni del minore, ma la persona di lui, o

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 336.

il tutore, o il protutore, o il curatore, od altre persone, si trattasse di un *interesse morale*, che può essere tanto più prezioso del pecuniario. Gli argomenti addotti dal lodato autore sembrano tutt'altro che decisivi, facili anzi a ribattersi. Non è esatta l'idea che le sole deliberazioni riguardanti l'amministrazione dei beni possano essere riformate dal tribunale, ordinando esso medesimo ciò che reputi più opportuno per l'interesse del minore. Supponiamo trattarsi della risoluzione presa dal consiglio, in osservanza dell'articolo 278 codice civile, intorno al luogo in cui il minore debba essere allevato ed all'educazione che convenga dargli. Questa deliberazione è per certo relativa a tutt'altro che all'amministrazione dei beni; ma se, essendo stata presa a sola maggioranza di voti, venisse impugnata davanti al tribunale, quale ostacolo vi sarebbe a potere il tribunale stesso, accogliendo il ricorso, ordinare che il minore fosse allevato in quel luogo e ricevesse quella educazione, che la minoranza dissenziente del consiglio avrebbe voluto? Inoltre l'ammissibilità del ricorso non implica necessariamente l'idea che il tribunale possa decidere esso stesso sul da farsi, imponendo quelle risoluzioni contro le quali la maggioranza del consiglio abbia votato. Non vi ha alcuna assurdità nell'ammettere che il ricorso sia proponibile, che il tribunale possa annullare la deliberazione presa dalla maggioranza, e che tuttavia l'affare di cui si tratti debba ritornare al consiglio medesimo per le ulteriori sue deliberazioni. È ben vero poi che per alcuni casi di deliberazioni non riguardanti l'amministrazione dei beni la legge ammette espressamente potersi contro esse ricorrere; ma ciò non autorizza ad argomentarne *a contrario*, che per ogni altra deliberazione, non concernente l'amministrazione dei beni, sia esclusa la possibilità d'impugnarla. Tanto meno è accettabile l'argomentazione *a contrario*, perchè di quelle speciali disposizioni possono esservi e vi sono motivi particolari, che giustificano l'averle espresse; senzachè perciò vi sia ragione d'indurne che l'aver taciuto di altri casi

accenni all'intenzione di ritenere per essi una massima opposta. Così nell'art. 271 si è dichiarato espressamente esservi sempre il *diritto di richiamo al tribunale* contro le risoluzioni del consiglio di famiglia o di tutela intorno alla esclusione o rimozione del tutore, del protutore, del curatore, o di un consulente: perchè non solo nel caso contemplato dalla disposizione generale dell'articolo 260, ma quand'anche la deliberazione del consiglio fosse stata unanime, e tanto se avesse accolta quanto se avesse respinta l'istanza, conveniva lasciar luogo al giudizio superiore del tribunale, affinchè non fosse irreparabile una violazione della legge, con danno morale della persona esclusa o rimossa o con danno del minore. Nel caso dell'art. 275 è pure ammesso espressamente il reclamo contro la deliberazione del consiglio, che abbia *rigettata la domanda di dispensa* proposta dal tutore o dal protutore; perchè anche qui, essendo stato od almeno pretendendosi violato il diritto dell'instante, non si poteva impedirgli di far pronunciare su tale suo diritto dall'autorità giudiziaria, quand'anche il consiglio di famiglia avesse deliberato ad unanimità; e d'altra parte interessava eziandio di far rilevare come il ricorso fosse ammissibile solamente *contro la decisione del consiglio che avesse rigettata la domanda di dispensa*, non mai contro la risoluzione che avesse fatta ragione a tale istanza (1).

Sembra dunque certo che la disposizione generale dell'articolo 260, § 2, debba ritenersi applicabile anche a quelle deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela le quali *non riguardano l'amministrazione dei beni del minore*. È infatti conforme a questa massima ciò che altrove dimostrammo: potersi ricorrere, a norma del predetto articolo, anche contro la deliberazione colla quale, secondo l'articolo 256, il consiglio di famiglia, a maggioranza di voti, siasi dichiarato regolarmente costituito (2). Ed anche in ogni

(1) V. sopra, n. 84, pag. 336, 337.
(2) V. sopra, n. 80, pag. 314.

caso, in cui pure si trovasse impegnato nella deliberazione del consiglio un interesse non pecuniario ma morale del minore, varrebbe sempre la stessa regola: che quella deliberazione, quando fosse stata presa a maggioranza, potesse essere impugnata davanti al tribunale dalle persone indicate nei predetti articoli 260 codice civile e 815 procedura civile.

È vero però che la teoria spiegata dall'autore che abbiamo citato era da lui addotta, più che altro, come mezzo giustificativo della risoluzione ch'egli adottava rispetto ad un'altra questione speciale, assai controversa in diritto francese.

Consisteva questa nel domandare se fossero impugnabili nel merito, come contrarie all'interesse del minore, quelle deliberazioni le quali per la speciale natura loro potessero considerarsi come *atti di autorità esercitati dal consiglio di famiglia in virtù di un potere discrezionale conferitogli dalla legge*. Il dubbio sorgeva, e la disputa agitavasi principalmente intorno alle deliberazioni colle quali il consiglio di famiglia avesse nominato il tutore, il protutore o il curatore; ma poteva estendersi anche ad altre, come quelle con cui il consiglio avesse conceduta o negata al minore l'autorizzazione per contrarre matrimonio, avesse ammessa o rigettata l'emancipazione del minore medesimo, avesse pronunciato sulla esclusione o rimozione del tutore, avesse privata della tutela la madre passata a nuove nozze. Se non che delle applicazioni particolari ci riserberemo di dar qualche cenno, dopo discussa la massima fondamentale su cui la questione si aggira.

Il maggior numero degli autori francesi professa l'opinione che certe deliberazioni del consiglio di famiglia — e principalmente quelle colle quali sia nominato un tutore, un surrogato tutore, o un curatore — non vadano comprese nella regola generale dell'art. 883 di quel codice di procedura civile; non possano, cioè, essere impugnate come contrarie all'interesse del minore, promuovendone

azione davanti il tribunale contro i membri del consiglio che le votarono. Dicono che in simili deliberazioni il consiglio di famiglia esercita un potere discrezionale e incensurabile, pari a quello che esercita il genitore allorchè nomina un tutore o un protutore pei figli soggetti alla sua potestà.

Giustificano ciò con l'osservare che la nomina d'un tutore, d'un protutore, d'un curatore, od atti simili del consiglio di famiglia, sono per la stessa loro natura il risultato di apprezzamenti individuali, che male si presterebbero ad un giudizio superiore del tribunale. Aggiungono che ammettendo il contrario bisognerebbe però limitare la facoltà del tribunale ad annullare il deliberamento del consiglio, senzachè quello potesse sostituirsi a questo nel nominare il tutore, il protutore o il curatore, o nel fare quell'altro atto di cui si trattasse, e che si dovrebbe inevitabilmente rimettere al consiglio medesimo; il quale perciò potrebbe paralizzare l'azione della giustizia rifiutandosi a mutare la propria deliberazione. Riconoscono gl'inconvenienti di ritenere irrepugnabile una deliberazione del consiglio, che può essere talvolta gravemente dannosa agli interessi del minore; ma contrappongono che anche la tutela legittima e la testamentaria possono riuscire male assortite, nè tuttavia si fa luogo ad alcun rimedio, se non quando il tutore incorra in qualche causa che possa giustificarne la rimozione (1).

Altri fondano l'opinione contraria sulla generalità della regola, che ammette potersi impugnare nel merito le deliberazioni prese a maggioranza dal consiglio, senza fare distinzioni tra esse. Alle obbiezioni preaccennate rispondono: che sebbene debba riguardarsi per natura sua come discrezionale il potere conferito dalla legge al consiglio di famiglia per la nomina del tutore, del protutore, del cura-

(1) V. Duranton, t. III, n. 477; Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 355, 356, 375, 376; Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 11; Demolombe, t. VII, n. 335, 336.

tore e per altri atti simili, e sebbene l'esercizio di quel potere dipenda necessariamente da apprezzamenti individuali, ciò però non giustifica una eccezione, non fatta dalla legge, alla regola generale che siano impugnabili le deliberazioni prese dal consiglio a maggioranza di voti quando siano contrarie all'interesse del minore; che una eccezione renderebbe irrimediabili danni maggiori di quelli che possono derivare al minore da altre deliberazioni impugnabili, potendo certamente pregiudicarlo assai più gravemente la nomina, per esempio, d'un cattivo tutore, che l'autorizzazione d'un atto di lieve importanza pecuniaria; che non è possibile istituire parità tra il potere conferito al genitore, che esercita la patria potestà, e quello attribuito al consiglio di famiglia rispetto alla nomina di un tutore pei figli minorenni; e d'altra parte dovrebbe bastare questo solo, che mentre la legge non dà alcun mezzo di ricorso contro l'atto con cui il genitore abbia nominato un tutore ai figli, stabilisce invece come regola generale che tutte indistintamente le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia a maggioranza di voti siano suscettibili d'essere impugnate mediante ricorso al tribunale; che il caso di rifiuto da parte del consiglio di famiglia, di mutare la deliberazione che gli fosse stata annullata, non è da supporsi come facile, ma quando pure si verificasse, il tribunale, che ha la facoltà di provvedere ai mezzi necessari per assicurare l'eseguimento delle proprie decisioni, potrebbe anche ordinare che venisse ricomposto il consiglio di famiglia sostituendo altri ai membri di esso che fossero renitenti (1).

Tali considerazioni sembrano bastanti a rendere accettabile quest'ultima opinione; la quale è infatti adottata concordemente dagli scrittori nostri (2).

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 112, n. 7; Zachariae, § 96, n. 5; Laurent, t. IV, n. 470.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 579; Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 582; Ricci, vol. I, n. 426.

Stabilita la massima, resta di dimostrarne le applicazioni. Per ciò che riguarda la deliberazione di nomina del tutore, o del protutore, o del curatore, nulla abbiamo da aggiungere; poichè ad essa principalmente si applicano le considerazioni che abbiamo sopra accennate.

Se si trattasse invece della esclusione o rimozione del tutore, del protutore, del curatore o d'un consulente, abbiamo già notato precedentemente, ed anche in questo stesso numero, che veramente non sarebbe l'articolo 260 che dovrebbe applicarsi; non però perchè la deliberazione presa a sola maggioranza dal consiglio fosse inattaccabile; ma perchè anzi, a norma dell'apposita disposizione stabilita nell'art. 271, quand'anche quella deliberazione fosse stata unanime, sarebbe tuttavia impugnabile mediante ricorso al tribunale, tanto se avesse pronunciata l'esclusione o rimozione, quanto se ne avesse respinta la domanda.

Supposto che fosse stata chiesta dispensa dal tutore o dal protutore, è massima certa, risultante — come pure dimostrammo superiormente — dall'art. 275, che la decisione, colla quale il consiglio di famiglia avesse *rigettata la domanda*, sarebbe impugnabile dinanzi al tribunale, *ancorchè quella deliberazione fosse stata unanime*. In questa parte adunque non è neppur qui la disposizione dell'articolo 260, § 2, che sia applicabile. Se all'opposto il consiglio avesse conceduta la dispensa con deliberazione data *ad unanimità*, non parrebbe ammissibile il ricorso; ostandovi la libera facoltà spettante al consiglio, secondo il successivo articolo 276, di dispensare il tutore, il protutore o il curatore, che vi acconsentano, quantunque non esista in loro favore alcuna causa legale di scusa. Ma se la concessione della dispensa fosse stata deliberata a sola maggioranza, ritornerebbe applicabile l'art. 260, § 2, che nella generalità sua comprende anche questo caso; nel quale infatti potrebbe accadere che anche per un solo voto di maggioranza fossero gravemente compromessi gl'interessi del minore, esimendo dalla carica di tutore chi non avendo

legittime cause di scusa fosse d'altra parte il meglio adatto a tale ufficio.

Che dovrà dirsi della deliberazione, colla quale, secondo le disposizioni degli articoli 65 e 81, § u.°, il consiglio di famiglia si sia pronunciato intorno al matrimonio che il minore voglia contrarre? Sappiamo che se il consiglio abbia rifiutato il consenso, l'art. 67 ammette potersi fare richiamo alla Corte d'appello, senza distinguere se la deliberazione sia stata unanime od a sola maggioranza; che se, all'opposto, il consiglio abbia dato il consenso *con votazione unanime*, non può esservi luogo a ricorso contro questo atto di autorità esercitato dal consiglio di famiglia o di tutela in virtù del mandato conferitogli dalla legge (1). Ma qualora la prestazione del consenso al matrimonio del minore fosse stata deliberata dal consiglio *a sola maggioranza di voti*, non vi sarebbe ragione per derogare alla regola dell'art. 260, § 2, che nella generalità sua comprende naturalmente anche questo caso. Non è per certo da disconoscere la fiducia grandissima che la legge ha riposta nel consiglio di famiglia o di tutela, sostituendo l'autorità di esso a quella dei genitori o degli avoli, che manchino o siano nella impossibilità di prestare il consenso, per un atto di suprema importanza pel minore, quale è quello di permettere o d'impedire il matrimonio che egli voglia contrarre. Ma a questa fiducia è reso omaggio bastante col ritenere inattaccabile l'atto di consenso quando sia dato dal consiglio ad unanimità. Se si estendesse la stessa prerogativa anche all'atto di consenso che fosse deliberato a sola maggioranza, si abbandonerebbe alla preponderanza anche d'un solo voto la decisione irreparabile della sorte del minore in ciò che ha per lui un'importanza immensamente maggiore di qualunque altro interesse, che sia semplicemente pecuniario. Nessuno potrebbe sostenere che un tale concetto fosse conforme allo spirito della

(1) V. vol. V, parte I, n. 80, pag. 301 e seg.

legge, a quella protezione che essa volle assicurare al minore per gli interessi suoi anche assai meno importanti.

L'emancipazione d'un minore — in mancanza del genitore che eserciti la patria potestà, o la tutela legale quando si tratti di un figlio naturale — non può aver luogo che per deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela (articoli 311, 312 cod. civ.). Se questo abbia deliberato *ad unanimità*, sia poi ammettendo o rigettando la proposta di emancipazione, non vi può esser luogo a ricorso. La legge non ne ha conceduta espressamente la facoltà per questo caso; e d'altra parte l'ammetterlo non sarebbe conforme nè alla disposizione dell'art. 260, § 2 — la quale, come vedemmo, si limita alle sole deliberazioni *che non siano state prese all'unanimità* — nè ai principii generali di diritto; poichè, sia concedendo, sia rifiutando l'emancipazione, il consiglio di famiglia o di tutela fa un atto d'autorità, che la legge rimette al potere discrezionale di esso. Ma se invece la deliberazione *non fosse stata unanime* — ed anche qui senza distinguere se ne fosse riuscita ammessa o respinta l'emancipazione del minore — parrebbe pure applicabile l'art. 260, § 2. Vi si presta la generalità dei termini di questa disposizione, e lo confermano i motivi stessi, che abbiamo sopra indicati; imperocchè non potrebbe farsi dipendere dalla preponderanza anche di un solo voto nella deliberazione del consiglio la decisione irreparabile sull'emancipare o no il minore, senza compromettere interessi importantissimi di lui, interessi che potrebbero risultare assai più gravi di quelli risguardanti particolari affari della tutela, pei quali pure le deliberazioni non unanimi del consiglio sono incontestabilmente impugnabili secondo la predetta disposizione.

In diritto francese era sorto anche il dubbio, se la madre rimaritata potesse ricorrere contro la deliberazione del consiglio di famiglia, che non l'avesse mantenuta nella tutela dei figli nati dal precedente matrimonio. Una simile questione non potrebbe più presentarsi sotto il codice

nostro; poichè negli articoli 237 e 238 esso ha stabilito che le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia relativamente al governo delle persone e dei beni dei figli, quando la madre passi a nuove nozze, debbano essere sottoposte all'omologazione del tribunale; il quale può approvarle, revocarle o modificarle, secondo che riconosca opportuno per l'interesse dei figli medesimi (1). Ciò posto, le deliberazioni del consiglio in questa materia sono già di natura loro soggette al giudizio superiore del tribunale, senza che vi sia luogo a distinguere se siano state prese ad unanimità od a sola maggioranza. In quest'ultimo caso poi, sebbene non potesse dirsi veramente applicabile la disposizione dell'art. 260, § 2 — essendo stata stabilita soltanto per le *deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione* — tuttavia i consulenti, che si fossero trovati dissenzienti in quelle deliberazioni, potrebbero contestarle *opponendosi alla loro omologazione* (2).

Dicemmo che ciò potrebbero fare *i consulenti* dissenzienti; poichè in questi casi il consiglio di famiglia non può essere composto che *del pretore e di quattro consulenti*, a norma del § 1 dell'art. 251 — essendo manifesto che non può parlarsi di tutore, protutore, di curatore, qui dove si tratta di minori soggetti alla patria potestà della madre — e d'altra parte il pretore non prende mai, come dimostrammo, parte alcuna, sia attiva, o passiva, nei ricorsi concernenti le deliberazioni del consiglio di famiglia a cui egli presiede.

86. Le persone alle quali la legge attribuisce qualità per potere impugnare in merito le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela — le quali non siano state prese all'unanimità e siano contrarie all'interesse del minore — allo scopo d'impedirne l'esecuzione sono determinate negli articoli, che tante volte abbiamo ricordati, 260, § 2, codice

(1) V. vol. VII, n. 322, pag. 913.
(2) V. sopra, pag. 336, 337.

civile, e 815 proc. civile. Esse sono: il *tutore*, il *protutore*, il *curatore*, i *membri intervenuti all'adunanza* e che siano stati *dissenzienti*, infine il *ministero pubblico*.

Questa enumerazione, fatta nelle predette disposizioni, deve essere considerata come *tassativa?* Parrebbe appena lecito dubitarne.

La legge attribuisce al consiglio di famiglia o di tutela il potere di deliberare sopra determinati affari della gestione tutelare. Quelle deliberazioni traggono quindi dalla legge stessa la loro virtù esecutoria. Nondimeno è ancora la legge che apre la via ad un ricorso contro quelle deliberazioni, per impedirne l'esecuzione, allorchè siano contrarie all'interesse del minore; e dichiara quali persone possono allora promuovere tale ricorso. Ora, trattandosi di un'azione istituita dal legislatore, affinchè nell'interesse della persona soggetta a tutela possano essere impugnate le deliberazioni che la maggioranza del consiglio abbia inopportunamente prese — di un'azione tendente a derogare agli effetti del carattere esecutorio, che è proprio di quelle deliberazioni — non è egli manifesto che una tale azione non può aver luogo, se non rigorosamente entro i limiti che la legge le ha prefissi, e quindi non può, fra l'altro, essere esercitata da persone diverse da quelle a cui la legge medesima l'ha espressamente attribuita? Non è chiaro che la facoltà conceduta d'impugnare atti legalmente emanati dal consiglio, perchè votati dalla maggioranza di esso, è una eccezione che la legge fa all'autorità che essa medesima ha dato a quegli atti, e come eccezione deve essere strettamente interpretata ed applicata?

Pure un celebre scrittore ha insegnato il contrario. Secondo lui il testo dell'articolo 883 del codice di procedura civile francese — corrispondente al 260 del codice civile nostro — " non è concepito in termini restrittivi, e lo " spirito della legge impone anzi una interpretazione esten- " siva „; poichè non si tratta d'altro che di proteggere gli interessi del minore, aprendo un ricorso contro le delibe-

razioni del consiglio di famiglia, che danneggino quegli interessi (1).

È verissimo che le parole del testo non sono restrittive nel senso di dichiarare esplicitamente che le sole persone ivi indicate possano esercitare l'azione per impugnare le deliberazioni del consiglio. Ma è necessariamente per natura sua restrittivo tutto ciò che sia di eccezione; e tale appunto è il carattere di questa facoltà, conceduta dalla legge, d'impugnare atti che avrebbero per sè medesimi piena autorità, di opporsi a quella esecutorietà che è ad essi connaturale.

Ciò stesso basterebbe, se non erriamo, per opporsi assolutamente all'idea che *lo spirito della legge imponga una interpretazione estensiva.* Ma è da riflettere inoltre non esser vero che l'interesse del minore, la cui protezione costituisce lo spirito generale delle leggi in questa materia, consigli ad estendere quanto più si possa la facoltà di ricorrere contro le deliberazioni del consiglio di famiglia. Una grande estensione in questo rapporto diverrebbe anzi più nociva che giovevole agli interessi del minore; poichè il ricorso potrebbe essere da taluni impiegato per incagliare e turbare il corso regolare della gestione tutoria, impugnando deliberazioni realmente savie ed utili, sotto pretesto che fossero contrarie all'interesse del tutelato. Era prudente il limitare una tale azione a quelle persone le quali, o per la rappresentanza del minore ad esse naturalmente spettante per ragione d'ufficio, o perchè avessero già sostenuto come consulenti un partito contrario a quello adottato dalla maggioranza, o perchè rivestite di pubbliche funzioni, alle quali sia inerente la missione di vegliare alla tutela dei diritti delle persone che non hanno la piena capacità giuridica, presentassero garanzia che il ricorso non sarebbe da esse promosso per mire diverse da quelle del vero interesse del minore. E così fece la legislazione francese; così fecero i

(1) V. Laurent, t. IV, n. 466, pag. 581.

nostri codici civile e di procedura civile nelle disposizioni di cui si tratta; il cui spirito pertanto sembra tutt'altro che tale da giustificare una interpretazione estensiva.

Partendo da questi concetti reputeremmo doversi ritenere come fondamentale la massima che di nessun'altra persona, fuor di quelle alle quali espressamente lo concedono gli articoli 260 del codice civile e 815 del codice di procedura civile, sia mai ammissibile il ricorso contro le deliberazioni prese a maggioranza dal consiglio di famiglia o di tutela, per impedire l'esecuzione di esse impugnandole nel merito. Non sarebbe ammissibile il ricorso del minore stesso soggetto a tutela, che non può esercitare personalmente le azioni di suo interesse, ma deve essere rappresentato in questo, come negli altri atti civili, dal proprio tutore. Ma l'azione che fosse esercitata dal minore emancipato assistito dal proprio curatore sarebbe legalmente promossa; perchè il curatore è appunto tra le persone che l'articolo 260 espressamente ammette ad impugnare le deliberazioni del consiglio. Non sarebbe parimente ammissibile il ricorso che fosse promosso da *terze persone*. L'azione che esse intentassero a tal uopo appoggiandola ad un semplice interesse morale — come quando venissero nella qualità di parenti, o di affini, o di amici — sarebbe evidentemente irricevibile, anche per la ragione altra volta accennata, che un *interesse morale* non può bastare per dar fondamento legittimo ad un'azione, se non in casi speciali, in cui ciò sia giustificato dall'indole peculiare dell'azione stessa, o da una disposizione espressa o dallo spirito manifesto del diritto positivo. Ma quand'anche i terzi potessero addurre un interesse pecuniario, legittimo ed attuale, ad impugnare una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, per impedirne l'esecuzione — come, ad esempio, se il consiglio, a maggioranza, avesse autorizzato il tutore a provocare giudizialmente la divisione di beni che il minore avesse comuni con altri, e il condomino attaccasse quella deliberazione allegando che lo scio-

glimento della comunione nuocerebbe anche all'interesse del minore — ciò però non varrebbe ancora a giustificare l'azione che essi intentassero. Imperciocchè non potendosi impugnare nel merito una deliberazione del consiglio, se non perchè essa sia *contraria all'interesse del minore*, l'esercizio di tale azione non può quindi spettare a chi non abbia la rappresentanza legittima del minore stesso; non ad un terzo, quand'anche l'interesse proprio, che egli alleghi a fondamento del suo ricorso, non sia in opposizione con quello del minore, ma comune con lui. Ciò però s'intende sempre limitatamente pel caso in cui questo terzo pretendesse impugnare, a norma dell'art. 260 cod. civ., una deliberazione presa a maggioranza dal consiglio di famiglia, perchè quella deliberazione non fosse conforme all'interesse del minore; e solo per giustificare di aver qualità onde promuovere il ricorso allegasse un proprio interesse pecuniario. Che se si trattasse d'una deliberazione la quale non nuocesse soltanto ad un interesse del terzo, ma *offendesse un diritto* di lui — come quando fosse stato taluno ingiustamente escluso o rimosso dagli uffici tutorii, o gli fosse stata negata la dispensa da lui domandata — non vi sarebbe dubbio che spetterebbe a quel terzo l'azione per impugnare una tale deliberazione lesiva del suo diritto, quand'anche fosse stata presa ad unanimità (1).

Dai suesposti principii dedurremmo ancora un'altra conseguenza importante: che cioè anche per le persone stesse, le quali dal testo sono espressamente ammesse a poter impugnare nel merito le deliberazioni prese a sola maggioranza dal consiglio, quelle disposizioni della legge dovessero, in ogni caso di dubbio, subire una interpretazione restrittiva piuttostochè estensiva. La quale massima non ci mancheranno occasioni di dover applicare nel seguito di questa esposizione.

(1) V. sopra, n. 84, pag. 336, 337.

Delle persone, a cui la legge concede la facoltà del ricorso di cui ora trattiamo, discorreremo distinguendole in tre categorie; tra l'una e l'altra delle quali vi è, come vedremo, qualche differenza nelle norme che regolano la proponibilità del ricorso predetto da parte loro. Parleremo dunque da prima del *tutore*, del *protutore*, e del *curatore*; indi dei *consulenti* intervenuti all'adunanza e dissenzienti; da ultimo del *pubblico ministero*.

87. Quando s'impugna nel merito qualche deliberazione presa a maggioranza dal consiglio di famiglia o di tutela, ciò si fa sempre nel solo interesse del minore, al fine d'impedire l'eseguimento d'una risoluzione che si reputa dovergli riuscire pregiudizievole. È quindi naturale che la facoltà di ricorrere contro tali deliberazioni sia data, prima di ogni altra persona, al *tutore*; al quale spetta, per ufficio suo, di rappresentare il minore in tutti gli atti civili (art. 277 cod. civ.).

Presso il protutore la rappresentanza del minore non è così generale; ma occasionale soltanto, pel caso di tutela vacante o abbandonata, o particolare per quegli affari nei quali l'interesse del tutore si trovi in opposizione con quello del tutelato (art. 266 cod. civ.). Tuttavia potendo verificarsi casi in cui non fosse da sperare che l'interesse del minore venisse in questa parte protetto dal tutore, o perchè egli stesso avesse promossa la deliberazione adottata dalla maggioranza del consiglio, o perchè vi avesse partecipato con voto favorevole, o perchè, in ogni caso, fosse a torto convinto della utilità di quella deliberazione; conveniva quindi attribuire anche al protutore la facoltà d'impugnare nel merito le risoluzioni prese dal consiglio a sola maggioranza di voti, quando le reputasse contrarie al bene inteso interesse del tutelato.

Quando si tratti d'un minore emancipato, il curatore non ha di certo, per regola generale, la rappresentanza

di lui negli atti civili; poichè l'emancipato agisce da sè solo per tutto ciò che riguardi la semplice amministrazione, e fa personalmente anche gli atti che la eccedano, salvo il dover essere in questi assistito dal curatore, dopo avere inoltre riportato per alcuni di essi l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, e talora inoltre l'omologazione del tribunale (art. 317, 318, 319 cod. civ.). E se si pensa che le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela in questi casi non sono precettive, ma semplicemente autorizzanti, e che ad atti eccedenti l'ordinaria amministrazione l'emancipato non può procedere mai se non concorra anche il consenso del curatore, potrebbe sembrare inutile il ricorso che a quest'ultimo è data facoltà di fare. Ma è da riflettere che a norma del successivo art. 320 “ nel caso in cui “ il curatore rifiuti di dare il suo consenso, *il minore* “ *potrà far richiamo al consiglio di famiglia* „. Or quando questo richiamo fosse accolto dal consiglio con deliberazione non unanime, spetterebbe al curatore la facoltà d'impugnarla mediante ricorso portato dinanzi al tribunale; al fine d'impedire al minore — che sebbene emancipato non ha però piena capacità giuridica — di devenire imprudentemente ad un atto dannoso per lui, in eseguimento d'una deliberazione, che, quantunque emanata dal consiglio di famiglia o di tutela, non merita però piena fiducia, poichè non fu unanime. Oltre a ciò non è escluso che anche pel minore emancipato possano esservi deliberazioni del consiglio di famiglia, le quali abbiano per oggetto atti in cui non debba intervenire punto il consenso del curatore. Ciò avviene pel matrimonio, che il minore emancipato voglia contrarre, nei casi contemplati dagli articoli 65 e 66 cod. civ. E se il consiglio deliberasse a sola maggioranza di autorizzare l'emancipato a contrarre matrimonio, il curatore potrebbe, a norma dell'art. 260, § 2, impugnare quella deliberazione, al fine d'impedire all'emancipato di contrarre un matrimonio, che il curatore

medesimo, appoggiato al voto della minoranza del consiglio, reputasse sconveniente.

Tutto ciò che ora abbiam detto torna a conferma della massima altra volta accennata, che anche il protutore e il curatore sono ammessi dall'art. 260 a potere, al pari del tutore, impugnare le deliberazioni prese a sola maggioranza dal consiglio di famiglia o di tutela, per una speciale rappresentanza del minore, che è ad essi attribuita in questa materia, allo scopo di difendere gl'interessi e proteggere l'incapacità di lui (1).

Da questa considerazione reputiamo derivare la risoluzione di qualche difficoltà, a cui può lasciar luogo il testo della legge. Il tutore, il protutore, il curatore potranno impugnare la deliberazione del consiglio solamente quando *siano intervenuti all'adunanza* in cui fu pronunciata? Lo potranno solamente quando nella votazione *abbiano fatto parte della minoranza?* Vedremo nel numero seguente essere necessario il concorso di ambedue queste condizioni affinchè sia ammissibile il ricorso degli altri consulenti; ma non crediamo che possa dirsi così del tutore, del protutore e del curatore. I quali agendo non in nome proprio e per sostenere il proprio voto, ma come rappresentanti la persona del minore, per far annullare nell'interesse di lui una deliberazione che lo pregiudica, non possono trovare a ciò nessuno ostacolo nè per la circostanza che non siano intervenuti all'adunanza, nè per l'altra che abbiano dato voto conforme alla deliberazione che poi impugnano. Anzi il loro ricorso sarebbe ammissibile quando anche la deliberazione contro la quale agiscono fosse stata promossa da loro medesimi. Nè sarebbe opponibile la massima che niuno possa contraddire al fatto proprio, poichè non agiscono in proprio nome, ma nell'interesse e in rappresentanza del minore; e come si riconosce nel genitore esercente la patria potestà o nel tutore il diritto di chiedere in rappresentanza

(1) V. sopra, n. 80, pag. 314 e seg.

del minore la dichiarazione di nullità degli atti che essi medesimi abbiano compiuti in nome di lui senza avere adempito le condizioni e formalità necessarie per la validità di tali atti, lo stesso principio deve essere per identità di ragione applicabile anche qui (1).

88. I consulenti, che pure sono ammessi dall'art. 260, § 2, a poter impugnare le deliberazioni di maggioranza del consiglio di famiglia o di tutela, non hanno però questa facoltà di ricorso in qualità di rappresentanti del minore. È da considerare infatti che il diritto di ricorso di cui si tratta spetta individualmente a ciascuno dei consulenti; nè avrebbe potuto essere attribuito collegialmente al consiglio, dappoichè la deliberazione che s'impugna è l'opera della maggioranza di esso. Ora le funzioni affidate al consiglio di famiglia nella tutela non hanno nulla d'individuale; e nessuna delle persone che lo compongono sotto la presidenza del pretore — se si eccettuino il tutore, il protutore e il curatore — ha uffici da esercitare personalmente e distintamente verso il minore, nessuno ha attribuzioni o autorità se non come membro del corpo collettivo, al quale esclusivamente sono date. D'altra parte neppure le funzioni proprie del consiglio considerato collettivamente attribuiscono ad esso una rappresentanza del minore, restringendosi quelle funzioni a deliberare sui più importanti affari della tutela, e costituendo così un ufficio di direzione superiore e di vigilanza sulla gestione tutoria. Nondimeno è conceduta dalla legge ai membri della minoranza dissenziente la facoltà d'impugnare davanti al tribunale la deliberazione della maggioranza, dimostrando che sia contraria all'interesse del minore; perchè essi medesimi hanno un interesse morale a propugnare e far prevalere il proprio voto, e tale interesse morale è stato ritenuto sufficiente in questo caso per dar fondamento all'azione, avuto riguardo

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, § 581, pag. 919, § 583, pag. 923.

al bene che può derivarne pel minore, impedendo che sia eseguita una deliberazione la quale potrebbe riuscirgli pregiudizievole. Tale sembra che sia, come già accennammo altrove, la base vera di questa disposizione della legge (1). E da ciò stesso deriva poi chiaramente, a nostro avviso, che nell'art. 260 del codice civile parlandosi dei *membri intervenuti all'adunanza*, e nell'art. 815 del codice di procedura civile parlandosi dei *membri della minoranza* del consiglio, si sono espresse due condizioni, il cui concorso è indispensabile affinchè possa farsi luogo ad impugnare le deliberazioni prese dal consiglio medesimo a maggioranza di voti; in altri termini, il ricorso non è ammissibile da parte dei consulenti se non quando essi abbiano preso parte effettiva all'atto della deliberazione, ed abbiano dato il loro voto in contrario. Questa massima non era però pacificamente seguìta dalla dottrina francese; essendo insegnato da alcuni autori che le deliberazioni del consiglio potessero essere impugnate " *da tutti i membri di* " *esso;* cioè tanto da quelli che non avessero assistito alla " assemblea, perchè non vi fossero stati chiamati, o perchè " non avessero creduto conveniente d'intervenirvi, quanto " da quelli che avessero concorso alla deliberazione, fosse " poi che avessero votato in favore della risoluzione adottata, " o che avendo votato contro, vi avessero poi aderito „ (2).

Ed anzi sul primo punto — cioè sul ritenersi impugnabile la deliberazione anche da quei consulenti che non fossero intervenuti all'adunanza — non vi era dissenso (3). Lasciamo da parte ora il caso che taluno dei consulenti fosse stato escluso dalla composizione del consiglio, in cui dovesse esser compreso a norma dell'art. 252; o essendo anche di fatto considerato come membro del consiglio, non gli fosse però stata intimata la convocazione, come è

(1) V. sopra, n. 80, pag. 314 e seg.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 96.
(3) V. Delvincourt, t. I, pag. 112, nota 7; Demolombe, t. VII, n. 339; Laurent, t. IV, n. 466.

richiesto dall'art. 258. La questione allora sarebbe portata in tutt'altro campo: non si tratterebbe più d'attaccare la deliberazione puramente *nel merito*, ma sarebbe impugnabile *per la forma*, o a cagione della irregolare costituzione del consiglio, o dell'illegalità dell'adunanza; e sarebbero quindi da applicarsi altre norme, di cui parleremo più oltre. Qui dobbiamo supporre che trattandosi d'impugnare una deliberazione per la sola sostanza di essa, come contraria all'interesse del minore, non per la forma, il consiglio sia legalmente costituito e sia stato legalmente convocato; ma taluno dei consulenti, che quantunque invitato non sia intervenuto, impugni poi la deliberazione presa dalla maggioranza del consiglio. Posta la questione in questi veri suoi termini, non pare che sia da risolverla nel senso adottato dagli autori francesi. La loro opinione poteva essere conciliabile col testo dell'art. 883 del cod. di proc. civile francese, che diceva: " *anche i membri dell'assemblea* potranno ricorrere contro la deliberazione; essi formeranno " la loro domanda *contro i membri che saranno stati dell'avviso della deliberazione* „. Ma non sarebbe possibile dire altrettanto per l'art. 260 del cod. civile e l'art. 815 del cod. di proc. civ. nostri: i quali non indicano così genericamente *i membri dell'assemblea*, ma il primo di quegli articoli parla dei *membri intervenuti all'adunanza*, e il secondo dei *membri della minoranza*. E tanto meno sarebbe lecito allontanarsi dal senso naturale di queste espressioni, le quali suppongono una deliberazione relativamente a cui abbiano preso parte effettiva coloro che poi la impugnino; poichè a queste disposizioni, che determinano le persone alle quali è concessa facoltà d'impugnare le deliberazioni prese a maggioranza dal consiglio di famiglia, va applicata — come dimostrammo — una interpretazione restrittiva (1). D'altro lato anche i motivi della legge concorrono alla medesima conchiusione; giacchè se la ragione, per la quale

(1) V. sopra, n. 86, pag. 349, 350.

è permesso ad alcuni consulenti d'impugnare in contraddittorio degli altri una deliberazione presa da questi, consiste — come a noi parve — nell'interesse morale ch'essi hanno a fare un tale ricorso, il quale poi può ridondare a vantaggio del minore, è chiaro che nessun interesse morale proprio a far annullare una deliberazione possono avere coloro che non presero intorno ad essa alcuna parte; nè poi potrebbe servire di fondamento alla loro azione il puro interesse del minore, mentre la sola qualità di membro del consiglio di famiglia non attribuisce alcun diritto di rappresentanza del minore medesimo.

L'altro punto — di essere, o no, ammissibile il ricorso di quei membri del consiglio di famiglia, che intervenuti all'adunanza avessero votato in favore della deliberazione che poi venissero ad impugnare, o, avendo votato contro, vi avessero poscia aderito — formava oggetto di controversia tra i giureconsulti francesi. Vi era chi pareva propendere a riguardare come assolutamente inammissibile il ricorso contro una deliberazione, da parte di coloro che vi avessero preso parte con voto favorevole (1). Altri ritenevano la massima opposta. Riconoscevano che secondo il testo della legge pareva supporsi che chi ricorresse contro una deliberazione avesse fatto parte della minoranza che avea votato in contrario. Ma sostenevano che la disposizione della legge in questa materia non era concepita in termini restrittivi, e che anzi lo spirito di essa comandava una interpretazione estensiva. Soggiungevano non poter fare ostacolo al ricorso la circostanza che chi lo promuoveva avesse concorso a votare la deliberazione che poi impugnava; perchè si può venire anche contro il fatto proprio con un'azione che si eserciti non in proprio nome, ma in qualità di rappresentante d'altra persona, e perchè appunto — dicevano — il consulente che ricorreva contro

(1) V. Delvincourt, l. c.

la deliberazione da lui pure votata lo faceva nell'interesse del minore e come rappresentante di lui (1).

Altri, in fine, accettava la massima che i membri del consiglio, i quali avessero fatto parte della maggioranza, da cui fosse stata votata una deliberazione, non potessero impugnar questa mediante ricorso diretto all'autorità giudiziaria, come lo avrebber potuto coloro che avessero votato contro. Ma avvertiva che tuttavia anche per quei membri del consiglio i quali si fossero pentiti del voto dato in favore d'una deliberazione, che poi avessero riconosciuto dannosa al minore, vi era il mezzo di ripararvi: facendo istanza al giudice di pace per una nuova convocazione del consiglio, e se la maggioranza persistesse nella deliberazione presa, ricorrendo poi contro la nuova risoluzione, nella quale essi si troverebbero a far parte della minoranza dissenziente (2).

Quest'ultima opinione è stata pure suggerita dai commentatori del codice nostro (3).

Che contro una deliberazione del consiglio non possano presentare ricorso quei consulenti, i quali abbiano fatto parte della maggioranza che l'ha votata, ci par certo — già lo dicemmo — sì pel testo che per lo spirito della legge. Il testo, negli art. 260, § 2, cod. civ. e 815 proc. civ., è assai più chiaro di quello del codice di procedura francese; poichè vi è detto espressamente essere *i membri della minoranza* del consiglio quelli a cui soli è data la facoltà d'impugnare le deliberazioni prese dalla maggioranza. Nè poi crediamo ammissibile il concetto che le disposizioni della legge su questo argomento meritino una interpretazione estensiva; chè anzi ci parve dimostrato chiaramente e sicuramente l'opposto (4). Neppur ci sembra efficace l'altro argo-

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 2; Laurent, t. IV, n. 466.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 338.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, n. 579, nota 1; Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 581, pag. 919, § 583, pag. 923.
(4) V. sopra, n. 86, pag. 349, 350.

mento dedotto dalla pretesa rappresentanza del minore, in cui nome si afferma poter procedere i consulenti ad impugnare una deliberazione a cui pure abbiano partecipato col proprio voto; poichè reputiamo che quando ai consulenti è data veramente la facoltà di promuovere un tale ricorso, il fondamento della loro azione non consiste però nella *rappresentanza della persona del minore*, che non è mai attribuita al consiglio, considerato anche come corpo collettivo, molto meno poi ai consulenti individualmente considerati; ma sta nell'interesse morale, che hanno coloro il cui voto rimase in minoranza, a propugnarlo avanti al tribunale, e farlo prevalere nell'interesse anche del minore.

Quanto poi al temperamento da altri suggerito, di domandare una nuova convocazione del consiglio di famiglia per proporgli la revoca o la riforma della deliberazione, a cui il richiedente medesimo abbia concorso col proprio voto, non è dubbio che questo mezzo è legalmente possibile; coll'avvertenza però che secondo la nostra legge sarebbe necessario che *due consulenti* si accordassero nel fare istanza al pretore per la nuova convocazione del consiglio, secondo il disposto dell'art. 257. E gioverà notare eziandio che questo non sarebbe propriamente un mezzo speciale adottabile da chi avesse dato voto favorevole ad una deliberazione *presa a maggioranza*, per riuscire a farla cambiare quando la riconoscesse dannosa al minore; ma sarebbe un mezzo comune anche al caso in cui si trattasse d'una deliberazione presa *ad unanimità*.

89. La facoltà del ricorso in merito è estesa dall'articolo 815 del cod. di proc. civile anche al *ministero pubblico*. E n'è palese la ragione; essendo ufficio proprio di questo magistrato il vegliare sulla tutela degl'incapaci, ed esercitare anche azione diretta per far osservare le leggi d'ordine pubblico, quali sono pur quelle relative alla tutela.

Così da questa stessa disposizione della legge sorge un nuovo e veramente efficace rimedio pel caso in cui taluno

dei consulenti, che avessero formata la maggioranza in una deliberazione, riconoscendo poscia la contrarietà di essa all'interesse del minore, volesse promuoverne la revocazione o la riforma. Mancando della facoltà di un ricorso diretto a tal uopo, egli potrebbe però rivolgere una istanza motivata al procuratore del re; il quale avrebbe azione ad impugnare la deliberazione onde impedire che fosse eseguita, se la reputasse veramente dannosa al tutelato. Anche il pretore, quando stimasse che una deliberazione presa dalla maggioranza del consiglio fosse pregiudizievole agl'interessi del minore, potrebbe o piuttosto dovrebbe informarne il procuratore del re; il quale può procedere tanto sopra tali informazioni quanto d'uffizio.

L'azione dovrebbe essere dal ministero pubblico esercitata *in contraddittorio dei membri del consiglio che avessero votata la deliberazione impugnata.* Intorno a ciò non abbiamo che a riferirci alle dimostrazioni fatte in altra occasione (1).

La citata disposizione dell'art. 815 lascia però luogo ad un dubbio. Vi è parlato delle *deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione;* è detto ch'esse “ possono impu- “ gnarsi davanti il tribunale *dai membri della minoranza* “ del consiglio stesso „; è aggiunto ch'esse “ possono pure “ impugnarsi *dal ministero pubblico* „. Quest'ultimo potrà dunque ricorrere *contro qualunque deliberazione del consiglio non soggetta ad omologazione*, o solamente *contro quelle che non siano state prese all'unanimità?*

Vedemmo altrove essere conforme allo spirito della nostra legislazione in questa materia che le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela non siano mai impugnabili nel merito, se non quando siano state prese a sola maggioranza di voti; delle deliberazioni unanimi aver voluto la legge mantener sempre indiscutibile l'autorità (2). Qual ragione vi sarebbe per derogare a questa

(1) V. sopra, n. 80, pag. 324, 325.
(2) V. sopra, n. 84, pag. 333 e seg.

massima perchè il ricorso fosse promosso dal ministero pubblico, anzichè dal tutore, dal protutore, dal curatore o dai consulenti? L'essere esercitata l'azione da quel funzionario renderebbe forse meno autorevole la deliberazione unanime del consiglio, sicchè si rendesse ammissibile in tal caso quel ricorso che non potrebbe aver luogo da parte d'altre persone? D'altro lato lo stesso art. 815 procedura civile, se parla da principio genericamente delle *deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione*, restringe poi questo concetto allorchè, dichiarandole impugnabili *dai membri della minoranza* del consiglio stesso, suppone che si tratti di deliberazioni prese a sola maggioranza di voti; ed è sotto questa limitazione che prosegue attribuendo la facoltà d'impugnare quelle stesse deliberazioni anche al ministero pubblico. In fine non si può disconoscere l'intimo legame che esiste tra questa disposizione dell'art. 815 procedura civile e l'altra dell'art. 260 del codice civile; e da questo risulta chiaramente essere limitata la facoltà del ricorso relativamente a quelle sole deliberazioni che non siano state prese all'unanimità. Pare dunque accertato che neppure il ministero pubblico possa mai impugnare le deliberazioni unanimi del consiglio di famiglia o di tutela.

90. Ambedue le citate disposizioni del codice civile e di quello di procedura civile sono conformi nel determinare contro quali persone debba esser diretta l'azione tendente ad impugnare nel merito le deliberazioni del consiglio; essendo detto nell'una che si agirà *in contraddittorio dei membri che furono d'avviso conforme alla deliberazione impugnata;* nell'altra che la domanda sarà notificata con citazione in via sommaria *ai membri della maggioranza del consiglio*. Intorno a ciò pertanto non vi è alcun dubbio possibile. Tutti coloro che hanno concorso col loro voto alla deliberazione impugnata — eccettuato sempre, per le ragioni dette altre volte, il pretore — dovranno esser citati

nel giudizio d'impugnazione. E ciò è naturale; sia perchè essi tutti hanno interesse morale a difendere la deliberazione a cui concorsero, sia perchè giova anche all'interesse del minore che nel giudizio siano allegate e siano valutate dai giudici tutte le considerazioni, che diedero motivo anche individualmente ai voti che produssero la deliberazione impugnata

Il nostro art. 815 proc. civile ha però permesso che i membri della maggioranza citati *possano incaricare uno di loro a sostenere il giudizio;* e con ciò ha riparato ad una mancanza che gli scrittori francesi lamentavano nella loro legislazione, poichè questa facoltà, conceduta ai membri del consiglio citati in giudizio, può rendere più spedito e meno dispendioso il procedimento. — È chiaro però che, ottenuto questo scopo mediante la delegazione, il delegato rappresenterebbe in tale qualità nel giudizio coloro che gli avrebbero conferito il mandato; e rispetto ad essi tutti dovrebbe quindi essere pronunciata e produrre gli effetti suoi la sentenza del tribunale.

91. A determinare il tempo entro cui possa promuoversi il ricorso ammesso dall'art. 260 cod. civ. provvede l'art. 815 del cod. di procedura civile, che già tante volte abbiamo citato, colla seguente disposizione:

" Le deliberazioni del consiglio non soggette ad omo-
" logazione possono impugnarsi davanti il tribunale *dai*
" *membri della minoranza del consiglio stesso entro giorni*
" *quindici dalla data delle medesime, e dal ministero pub-*
" *blico,* sopra informazione del pretore, o anche d'ufficio,
" *prima che siano eseguite* ".

Quale motivo mai ha suggerito di stabilire questa differenza tra i membri della minoranza, che hanno dissentito dalla deliberazione presa, e il ministero pubblico?

Sarebbe parso più naturale ritenere per tutti che si potesse impugnare una deliberazione finchè non fosse eseguita, non mai dopo; poichè si tratta di ricorsi, i quali

sono diretti contro le deliberazioni, allo scopo appunto d'impedirne l'eseguimento, che si reputi poter riescire contrario all'interesse del minore. E perchè dunque a coloro, che intervenuti all'adunanza del consiglio hanno votato contro la deliberazione adottata dalla maggioranza, si è prefisso un termine di quindici giorni dalla data della deliberazione stessa per poterla impugnare? Forse si è considerato che mentre l'azione del ministero pubblico non parte da altra base che la protezione dell'incapace, la quale è da riguardarsi come cosa attinente anche all'interesse generale, la facoltà conceduta ai consulenti d'impugnare la deliberazione del consiglio, contro cui votarono trovandosi in minoranza, ha in vece per principal fondamento l'interesse morale ch'essi personalmente hanno a propugnare il proprio voto, da essi reputato più favorevole all'interesse del minore; che sotto questo aspetto, e trattandosi d'una lotta che va ad impegnarsi tra le persone componenti il consiglio, se da un lato conveniva anche per l'interesse del minore di non precluder la via ad un ricorso da parte di coloro il cui voto dovette cedere alla maggioranza contraria, dall'altro però era prudente consiglio il non aprire troppo largo campo a questi conflitti, dai quali possono derivare dissapori, funesti agli interessi medesimi del minore, a cui debbono cooperare con concordia d'intendimenti le persone facienti parte del consiglio di famiglia; che il non avere i membri della minoranza esercitata tosto la facoltà di ricorso, ad essi attribuita, lascia luogo a presumere che abbiano tacitamente aderito alla deliberazione della maggioranza; e che, in fine, se dopo spirato il termine di quindici giorni dalla data della deliberazione è loro vietato un ricorso diretto contr'essa, non è tolto per ciò che possano esporre le loro ragioni al ministero pubblico, il quale — qualora le riconosca abbastanza fondate ed importanti per l'interesse del minore — può sempre farne oggetto di ricorso al tribunale, finchè la deliberazione del consiglio non sia stata eseguita.

Questa interpretazione dello spirito della legge, nell'argomento di cui parliamo, non mancherebbe, come ora vedremo, di qualche influenza sulla risoluzione di alcune difficoltà, a cui il predetto art. 815 del cod. di proc. civile può lasciar luogo.

Questa disposizione parla soltanto dei *membri della minoranza del consiglio*, e del *ministero pubblico;* ma non fa menzione del tutore, del protutore e del curatore, ai quali pure, secondo l'art. 260 del codice civile, spetta il diritto d'impugnare le deliberazioni del consiglio che reputino contrarie all'interesse del minore, e che non siano state prese all'unanimità. Quale sarà dunque la norma da seguirsi rispetto a costoro? Entro qual tempo dovranno esercitare l'azione ad essi conceduta? Avranno il solo termine di *quindici giorni dalla data della deliberazione*, o potranno impugnarla *fino a che non sia stata eseguita?* Sembra giustificata la prima di queste opinioni dal considerare che il testo parla in genere dei *membri della minoranza del consiglio;* e poichè anche il tutore, il protutore e il curatore sono membri necessari del consiglio, secondo l'articolo 251, § 2, anche per essi dunque deve intendersi stabilito il termine di quindici giorni per impugnare la deliberazione contraria al loro voto. D'altra parte i motivi che abbiamo indicati, di limitare la proponibilità di un ricorso, che può inacerbire il conflitto già sorto tra i componenti il consiglio per la discrepanza dei voti nella deliberazione, e sopprimere così il germe di futuri danni temibili per gli interessi del minore; della presunzione d'una tacita adesione, che sorge dal non essersi tosto prodotto il ricorso; del non essere, in fine, esposto perciò a danni irreparabili l'interesse del minore, poichè il ricorso rimane ancora proponibile dal ministero pubblico finchè la deliberazione non sia stata eseguita; tutti questi motivi stanno ugualmente quand'anche non siano i semplici consulenti, ma il tutore, il protutore o il curatore che siansi trovati dissidenti nella deliberazione.

Sappiamo però che il tutore, il protutore e il curatore possono ricorrere anche contro le deliberazioni alle quali non abbiano preso parte, contro quelle eziandio alle quali abbiano dato essi pure voto favorevole, o che siano state da loro medesimi promosse, qualora le riconoscano contrarie all'interesse del minore, e sempre alla condizione che non siano state prese ad unanimità (1). Ora in tali casi dovranno essi ancora promuovere il ricorso entro il termine dei quindici giorni dalla data della deliberazione? Propenderemmo ad affermarlo pel caso che il tutore, il protutore o il curatore fossero intervenuti all'adunanza; sebbene in questo avessero votata, od anche avessero essi medesimi promossa quella deliberazione, contro la quale poi ricorressero riconoscendola contraria all'interesse del minore. Vero è che il testo non comprenderebbe letteralmente questa ipotesi, non trattandosi di azione promossa *dai membri della minoranza del consiglio;* ma le parti di questa minoranza sarebbero in realtà assunte dal tutore, dal protutore o dal curatore, che in rappresentanza del minore e per l'interesse di lui propugnerebbero il voto della minoranza stessa, quantunque essi medesimi vi avessero da prima contraddetto; e i motivi del breve termine di quindici giorni si verificherebbero anche qui, non meno di quando il tutore, il protutore o il curatore avessero fatto parte della minoranza, poichè il ricorso solleverebbe ugualmente tra una parte e l'altra del consiglio un conflitto, di cui è prudente restringere le probabilità limitando ad un breve tempo l'esercizio dell'azione; mentre poi rimane ciò non ostante provveduto abbastanza all'interesse del minore col mezzo del ricorso che il pubblico ministero può sempre fare contro la deliberazione prima che sia eseguita.

Ma se il tutore, il protutore o il curatore avessero da impugnare una deliberazione non promossa da loro, e

(1) V. sopra, n. 87, pag. 355, 356.

presa dal consiglio a sola maggioranza di voti in un'adunanza a cui essi non fossero intervenuti, penseremmo che non fossero vincolati dal termine dei quindici giorni decorsi dalla data della deliberazione. Questa stessa decorrenza del termine non sarebbe più giustificata, trattandosi d'una deliberazione, a cui non avendo preso parte il tutore, il protutore o il curatore, potrebb'essere stata conosciuta da loro solamente più tardi.

Ma prendendo anche per punto di partenza il momento in cui fosse provato averne essi avuto notizia; il solo decorso di un breve termine senzachè avessero impugnata una deliberazione, a cui non presero parte, e di cui quindi non poterono forse valutare esattamente l'importanza e le conseguenze probabili, se non all'atto di provvedere alla esecuzione di essa, difficilmente potrebbe giustificare che si precludesse loro la via ad ogni ricorso; ponendo così chi rappresenta il minore nella alternativa o di eseguire una deliberazione che reputa dannosa, come l'ha ritenuta una parte del consiglio, o d'incorrere una responsabilità personale lasciandola ineseguita. D'altronde le conseguenze di un conflitto sono assai meno temibili qui, dove il ricorso non porrebbe in lotta giudiziale coloro che già si trovarono in opposizione nel deliberare, ma sarebbe promosso dai rappresentanti del minore unicamente per proteggere l'interesse di lui, non per propugnare un voto proprio, ch'essi non ebbero occasione di dare non essendo intervenuti all'adunanza.

Ad altre questioni può dar luogo ancora la disposizione di cui parliamo.

Il termine di quindici giorni è da considerarsi come *perentorio?* L'affermativa è stata ritenuta, e con ragione, per quanto ne sembra (1). È vero che sono perentorii solamente quei termini, *scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità* (art. 46 cod. proc. civ.). Ma non vi

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 583, pag. 923.

è bisogno che la decadenza sia dichiarata espressamente; può essere voluta dal legislatore senza che l'abbia pronunciata in parole, e questa sua volontà può risultare abbastanza anche dall'indole stessa dell'azione, per l'esercizio della quale sia stato prefisso il termine. È ciò appunto che si verifica nel caso nostro. L'ammettersi quella parte del consiglio, ch'è rimasta in minoranza, ad impugnare la deliberazione, dimostrandola contraria all'interesse del minore, è una limitazione che la legge fa all'autorità che essa stessa attribuisce a ciò che è stabilito dal consiglio a maggioranza assoluta di voti. Le condizioni per l'esercizio di questa azione d'indole eccezionale sono pertanto di rigore; ed anche il non averla promossa entro il termine prefisso deve produrne senz'altro la decadenza.

La pendenza del termine ritarda l'eseguimento della deliberazione?

Basta ricordare che le deliberazioni *non soggette ad omologazione del tribunale* — e di queste sole trattiamo appunto ora — hanno in sè medesime, per effetto diretto ed immediato della legge, che conferisce al consiglio di famiglia il potere di emanarle, la virtù necessaria per essere senz'altro eseguite (1). Da ciò deriva evidentemente che non ostante la concessione di un termine per poterle in qualche caso impugnare, la pendenza di tale termine non può bastare per sè stessa ad impedirne la esecuzione (2). Se mai, potrebbesi dubitare che la interposizione del ricorso, promosso in tempo utile, avesse per effetto di sospendere l'eseguimento della deliberazione impugnata. Ma questa è altra questione, intorno alla quale daremo qualche cenno nel numero seguente. Quello intanto che possiamo fin d'ora ritenere per certo, è che le deliberazioni del consiglio, quantunque impugnabili, a norma degli articoli 260 cod. civile e 815 procedura civile, possono essere eseguite anche pendente

(1) V. sopra, n. 75, pag. 284.
(2) V. Borsari, l. c., pag. 924; Ricci, vol. I, n. 425.

il termine per promuovere il ricorso. Con una massima contraria si cadrebbe infatti nell'assurdo; poichè la facoltà del ricorso essendo attribuita eziandio al ministero pubblico, bisognerebbe ammettere, per essere coerenti, che le deliberazioni prese dal consiglio a sola maggioranza di voti non potessero essere eseguite neppure durante il tempo nel quale sono impugnabili da quel funzionario; e siccome basta che questi ricorra contro le dette deliberazioni *prima che siano eseguite*, si arriverebbe a rendere impossibile la loro esecuzione.

Vi è un'altra questione, che potrebbe presentare qualche maggiore difficoltà. Il termine di quindici giorni, conceduto ai membri della minoranza del consiglio per impugnare la deliberazione presa dalla maggioranza, può essere utile anche dopo che la deliberazione medesima sia stata eseguita? In altre parole: ciò che l'articolo 815 proc. civile stabilisce rispetto al ministero pubblico, è applicabile anche ai *membri della minoranza del consiglio*, nel senso ch'essi non possano impugnare la deliberazione della maggioranza, se non *prima che sia stata eseguita*, e in ogni caso *entro quindici giorni dalla sua data?*

Un autorevole scrittore, riconoscendo che l'art. 815 del codice processuale lascia luogo a dubitare che dopo eseguita la deliberazione non sia più possibile il giudizio per impugnarla, opina però non esser quella una " così " espressa e formale dichiarazione che non possa essere " convenientemente spiegata col presidio di una distin" zione ". E la distinzione da lui proposta consisterebbe nel ritenere irrepugnabile la deliberazione eseguita quand'essa riguardasse l'*ordine esterno*, ossia vi fosse impegnato l'interesse di terze persone; impugnabile in vece, anche dopo che fosse eseguita, quella deliberazione che concernesse puramente l'*ordinamento interno* dell'amministrazione (1).

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 583, IV *d*), pag. 924.

Quello però che il lodato autore considera soltanto come un dubbio, che sorga dal testo della legge, pare a noi una massima certa risultante necessariamente dai principii direttivi in questa materia. Non dobbiamo dimenticare che nell'art. 815 proc. civile, come nel 260 cod. civile, si tratta unicamente di ricorsi contro deliberazioni prese a maggioranza dal consiglio, per impedire l'esecuzione di esse come contrarie all'interesse del minore. Ora non è egli contraddittorio il pensare che simili ricorsi possano essere ammissibili anche contro deliberazioni già eseguite? Queste, in tal caso, si sono concretate negli atti che furono compiuti in esecuzione di esse; epperò, se mai sia caso di ricorso, è contro questi atti che dev'essere diretto, non contro le deliberazioni oramai esaurite in tutto il loro effetto. Or dunque, trattandosi d'impugnare gli atti fatti in virtù delle deliberazioni del consiglio, non sarebbe la disposizione dell'articolo 260, ma quella piuttosto dell'articolo 256, § 2, che potrebb'essere applicabile se vi fosse ragione di analogia. Ma, come già abbiamo accennato, e meglio vedremo a luogo più opportuno, gli atti che siano stati fatti nell'interesse del minore possono bensì essere impugnati *per difetti di forma* delle deliberazioni con cui il consiglio di famiglia li abbia autorizzati od ordinati, ma non mai per ragion di merito, perchè, cioè, tali deliberazioni siano o si pretendano contrarie all'interesse del minore. Quando un atto della tutela è fatto in virtù di una deliberazione emanata dalla maggioranza del consiglio e in forma regolare, l'atto medesimo è valido come se fosse d'una persona avente piena capacità giuridica. Ci sembra dunque abbastanza dimostrata con ciò la massima, che quando la deliberazione presa dalla maggioranza del consiglio sia già stata eseguita, neppure i membri della minoranza possano più impugnarla nel merito, sebbene non siano ancora trascorsi i quindici giorni dalla data della deliberazione stessa; come dopo tale eseguimento non potrebbe essere ammissibile, per espressa disposizione

dell'articolo 815 procedura civile, il ricorso del pubblico ministero.

Nè reputiamo applicabile al caso la proposta distinzione tra *ordine esterno* ed *ordinamento interno* della tutela. Sia pure che " si tratti *di affari in cui abbiano interesse i terzi,* " ossia — come si dice — dell'ordine esterno ". La deliberazione presa a maggioranza dal consiglio su tale affare, *finchè non sia stata eseguita*, sarà tuttavia impugnabile dal ministero pubblico sempre, e dai membri della minoranza purchè non siano trascorsi quindici giorni dalla data della deliberazione. Quando poi questa sia stata eseguita, non potrà più essere ammesso alcun ricorso, nè del ministero pubblico, nè pure dei membri della minoranza; non però precisamente per la ragione d'esservi impegnato l'interesse di terzi, ma perchè la deliberazione essendo oramai tradotta in un atto compiuto in esecuzione di essa, non sarebbe possibile impugnare la deliberazione senza attaccare l'atto medesimo che n'è seguito, e che dovrebbe cadere necessariamente con essa.

Supponendo poi una deliberazione, di cui abbia formato oggetto un affare, nel quale *non abbiano interesse terze persone*, ma solamente il minore, d'un affare — come si suol dire — d'*ordinamento interno*, non è dimostrato perciò che quella deliberazione sia impugnabile anche dopo eseguita; ed anzi qualche esempio può bastare a convincere che dev'essere generalmente il contrario. Supponiamo che il consiglio a maggioranza abbia autorizzato il tutore a provocare contro il minore, per la mala condotta di lui, il provvedimento indicato nell'art. 222 (art. 279 cod. civ.), e il tutore abbia chiesto ed ottenuto un tale provvedimento, che già sia stato eseguito prima che i quindici giorni dalla data della deliberazione del consiglio siano spirati. Forse che potranno ancora, entro questo termine, i membri della minoranza impugnare davanti al tribunale la deliberazione? Crederemmo superfluo l'occuparsi a dimostrare quanto poco ragionevole sarebbe un tale pensamento. Che i dissen-

zienti possano attaccare la deliberazione della maggioranza, per impedire che fondandosi su di essa il tutore possa invocare dal presidente del tribunale i provvedimenti di rigore da lui meditati contro il minore, è giusto e può essere opportuno all'interesse del minore stesso. Che lo potessero anche dopo eseguita la deliberazione, per far cadere con essa anche il provvedimento legittimamente emanato dal presidente del tribunale, sarebbe tutt'altro che ragionevole, tutt'altro che conforme al rispetto dovuto all'autorità di questo magistrato.

Parimente, supponiamo che il consiglio a maggioranza abbia autorizzato il tutore a fare l'inventario in forma privata (art. 282 cod. civ.), e ciò sia già stato eseguito prima che siano trascorsi i quindici giorni dalla data della deliberazione. Potrà questa essere impugnata dai membri della minoranza, costringendo a fare un nuovo inventario col ministero di notaio, collo spreco di nuove spese a danno del minore? E ciò si dirà giusto, si dirà conforme all'interesse di lui?

Nondimeno, se riteniamo, come regola generale, che neppure i membri della minoranza del consiglio possano impugnare la deliberazione dopo che sia stata eseguita, quantunque non sia ancora spirato il termine dei quindici giorni, non crediamo però da escludersi la possibilità di qualche eccezione.

Vi sono deliberazioni la cui esecuzione non si compie in un atto solo, ma ha un carattere continuativo: quelle, per esempio, colle quali sia determinato il luogo in cui il minore debba essere allevato e l'educazione che convenga dargli (art. 278 cod. civ.), si autorizzi il tutore a farsi coadiuvare nell'amministrazione sotto la sua responsabilità da una o più persone stipendiate (art. 295 cod. civ.), si permetta la continuazione dell'esercizio d'uno stabilimento di commercio o d'industria che si trovi nel patrimonio del minore (art. 299 cod. civ.) e simili. In tali casi è evidente che l'esecuzione già cominciata di quelle delibera-

zioni del consiglio non potrebbe impedire che i membri della minoranza dissenziente proponessero entro quindici giorni il ricorso d'impugnazione; poichè, senza pretendere di toccare in nessun modo agli atti già compiuti in eseguimento delle deliberazioni predette, il ricorso medesimo può tendere unicamente ad impedire che quella esecuzione continui e si riproduca in nuovi atti; e ciò non ha nulla d'irrazionale, anzi è perfettamente giusto e può ridondare a vero bene del minore, se realmente la deliberazione del consiglio sia, come reputa la minoranza, contraria all'interesse del minore medesimo. In questa categoria collocheremmo pure — e riterremmo applicabile per identità di ragioni la stessa massima — le deliberazioni con cui il consiglio avesse a maggioranza nominato un tutore, un protutore o un curatore, o avesse determinata la cauzione da darsi dal tutore. Anche in quest'ultimo caso reputeremmo impugnabile entro i quindici giorni la deliberazione, sebbene essa fosse stata tosto eseguita dal tutore dando la cauzione richiesta; non potendo ciò non ostante considerarsi come irrevocabilmente compiuto ciò che riguarda la cauzione stessa, dappoichè l'art. 293 lascia sempre facoltative ulteriori modificazioni della deliberazione presa, estendendo o restringendo la cauzione già stabilita.

La proponibilità dell'azione attribuita al ministero pubblico non è limitata da alcun termine fisso. Il procuratore del re può presentare il suo ricorso al tribunale anche dopo che siano decorsi i quindici giorni dalla data della deliberazione che impugna; lo può sempre finchè questa non sia eseguita. Ma corrispondentemente l'eseguimento della deliberazione impedisce ch'essa possa essere impugnata dal ministero pubblico; quando anche fosse una di quelle, le quali, essendo d'indole continuativa nella loro esecuzione, potrebbero, secondo ciò che abbiam sopra dimostrato, formare ancora oggetto di ricorso, entro i quindici giorni, da parte dei membri della minoranza del consiglio. Questa massima ci sembra giustificata dalla

generalità stessa della disposizione finale dell'articolo 815 proc. civ., e la crediamo perfettamente conforme a ragione. La prefissione del termine di quindici giorni è limitata dal testo all'azione spettante ai membri della minoranza del consiglio; nè quindi si potrebbe senza arbitrio applicare quel termine anche all'azione che la legge attribuisce al ministero pubblico dichiarando che potrà esercitarla *prima che la deliberazione sia eseguita*. Posto ciò, l'ammettere che una deliberazione presa dal consiglio a maggioranza fosse impugnabile da parte del ministero pubblico anche dopo che fosse stata posta in esecuzione, quando questa fosse d'indole sua continuativa, porterebbe alla conseguenza che contro le deliberazioni di tale natura potesse il ministero pubblico ricorrer sempre per quanto durasse la tutela. Ora questa conchiusione stessa dimostra coll'assurdità sua che è inammissibile la premessa. Il consiglio di famiglia, a maggioranza, ha nominato il tutore, il protutore o il curatore, ha determinata la cauzione che il tutore deve prestare, ha deliberato sul luogo in cui il minore dev'essere allevato e sull'educazione da dargli, ha permesso che si continui l'esercizio d'uno stabilimento di commercio o di industria faciente parte del patrimonio amministrato; tutto ciò è stato eseguito; e i membri della minoranza non hanno reclamato entro i quindici giorni successivi alla deliberazione. E dopo tutto questo, contro uno stato di cose ormai definitivamente attuato, potrà insorgere dopo lungo tempo, trascorsi forse alcuni anni, il ministero pubblico, impugnando la deliberazione, per immutare a quell'ordinamento che ebbe la sanzione espressa della maggioranza del consiglio, e l'adesione tacita eziandio della minoranza? Ma se tale fosse l'intendimento della legge, essa produrrebbe così piuttosto il disordine che l'ordine nella tutela, danneggierebbe anzichè favorire l'interesse del minore. Concludiamo pertanto che l'eseguimento d'una deliberazione presa a maggioranza dal consiglio di famiglia forma ostacolo insuperabile a potersi promuovere ricorso contro di essa dal

ministero pubblico, non ostante che si tratti d'una di quelle deliberazioni il cui eseguimento non si compie in un solo atto, ma si effettua in una serie di atti successivi, o continua per un tratto di tempo od anche per tutta la durata della tutela.

L'applicazione di questa massima può incontrare qualche difficoltà, in ispecie per ciò che riguarda la nomina del tutore, del protutore o del curatore, fatta dal consiglio di famiglia. Stabilito doversi adottare — come a noi parve — la regola che anche questa deliberazione, quando non sia stata presa ad unanimità, possa essere impugnata, secondo il principio generale dell'articolo 260, § 2 cod. civ. (1), bisogna anche ammettere — a norma della disposizione parimente generale dell'articolo 815 proc. civ. — che il ricorso possa essere promosso non solo dai membri della minoranza del consiglio, ma eziandio dal ministero pubblico, purchè *prima che la deliberazione del consiglio sia stata eseguita*. Ma quando sarà precisamente che potrà dirsi avvenuto l'eseguimento di tali deliberazioni? Sarà solamente quando quei funzionari nominati dal consiglio di famiglia abbiano assunto di fatto l'esercizio del loro ufficio?

Non pare che si possa intendere così. La deliberazione del consiglio è realmente eseguita quando il tutore, il protutore o il curatore sono giuridicamente investiti delle funzioni ad essi conferite, poichè da quel momento ne hanno tutta la responsabilità, sia che di fatto le esercitino, sia che ommettano di adempierne i doveri. Basterà dunque che la deliberazione recante la nomina sia stata legalmente notificata alla persona cui riguarda (arg. art. 281 cod. civile) — il che deve farsi *per cura del cancelliere, nel termine stabilito dalla deliberazione stessa*, quando la persona non sia stata presente all'adunanza (art. 813 cod. proc. civ.) — perchè tale deliberazione debba con ciò stesso intendersi

(1) V. sopra, n. 85, pag. 337.

eseguita, e non possa quindi più essere impugnata dal ministero pubblico.

Quanto alle forme del ricorso provvede abbastanza chiaramente, sicchè non abbisogna di spiegazioni, il predetto art. 815 proc. civile.

La domanda dev'essere introdotta davanti al tribunale competente in ragione del luogo in cui ha sede il consiglio di famiglia o di tutela, contro la cui deliberazione si ricorre; è trattata col procedimento sommario; si notifica mediante citazione ai membri della maggioranza del consiglio; la sentenza del tribunale è appellabile; il termine per appellare è di quindici giorni dalla notificazione della sentenza; l'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di cinque nè maggiore di quindici giorni.

92. L'ultimo quesito, a cui ci resta di rispondere in questo non facile argomento, riguarda gli effetti che derivano dalla introduzione del ricorso, e quelli che sono poi da attribuirsi alla sentenza con cui il tribunale accolga il ricorso medesimo.

Rispetto al primo punto potrebbe parer sostenibile l'idea che l'effetto del ricorso dovesse per natura sua essere sospensivo dell'eseguimento della deliberazione impugnata. Dappoichè — potrebbe dirsi — lo scopo della azione promossa è appunto d'impedire che sia posta in atto una deliberazione reputata dai ricorrenti contraria all'interesse del minore; e potrebbe divenire impossibile l'ottenere questo scopo, e frustraneo il giudizio, se in pendenza di esso non fosse necessariamente interdetta l'esecuzione dell'atto del consiglio di famiglia che forma oggetto di contestazione.

Nondimeno è insegnato che “ *se voglia ottenersi la sospensione, si debba invocarne il decreto dal tribunale* „ il quale potrà concederlo nei casi in cui l'eseguimento della deliberazione fosse per recare al minore un danno conside-

revole (1). E invero, poichè qui si tratta unicamente di *deliberazioni non soggette ad omologazione*, le quali hanno per sè medesime virtù esecutoria, mal si comprenderebbe come la semplice impugnazione di esse potesse bastare a privarle intanto di questa loro naturale efficacia tenendone in sospeso la esecuzione. D'altra parte non è esatto il concetto che, esclusa la necessità di questa sospensione, rimanga frustrato lo scopo del ricorso. È evidente il contrario per quelle deliberazioni il cui eseguimento è d'indole sua continuativo — come quelle che abbiano determinato il luogo e il modo per l'educazione del minore, la continuazione dell'esercizio d'uno stabilimento commerciale o industriale che si trovi nel suo patrimonio, o con cui sia stato autorizzato il tutore a valersi dell'opera di coadiutori stipendiati, e simili — poichè lo scopo per cui tali deliberazioni possono essere impugnate dai membri della minoranza del consiglio, quand'anche l'esecuzione di esse sia già cominciata, è d'impedire che questa continui in futuro, con danno — come credono i ricorrenti — del minore. Che anzi fra tali deliberazioni ve ne può essere qualcuna, di cui se la impugnazione sospendesse l'eseguimento, ne risulterebbe in generale un grave danno, piuttostochè vantaggio pel minore. Così avverrebbe per la nomina, che fosse stata fatta dal consiglio di famiglia a maggioranza di voti, del tutore; poichè se il ricorso dei membri della minoranza avesse senz'altro a sospendere l'esecuzione della deliberazione, il minore rimarrebbe frattanto senza tutore; e se per caso mancasse al momento anche il protutore, gli affari della tutela rimarrebbero affatto abbandonati. Ma quando pure si trattasse di quelle deliberazioni la cui esecuzione si esaurisce completamente con un solo atto, non sarebbe neppur vero che in difetto d'una necessaria sospensione di tale eseguimento rimanesse affatto senza scopo il

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 260, vol. I, § 583, IV *d*), pag. 924; Ricci, vol. I, n. 425, pag. 547.

ricorso. Lo scopo vi sarebbe sempre nel far riconoscere dall'autorità giudiziaria, in contraddittorio di coloro i quali avessero votato in maggioranza la deliberazione, che questa era contraria all'interesse del minore; il che servirebbe poi di fondamento all'azione per risarcimento di danni, che nell'interesse di quest'ultimo avesse più tardi ad intentarsi contro i membri predetti del consiglio, invocando quella responsabilità personale di cui essi potessero essere tenuti secondo le norme delle quali parleremo più oltre. La quale responsabilità sarebbe naturalmente aggravata, a carico di chi avesse compita la esecuzione d'una deliberazione riconosciuta contraria all'interesse del minore, pel fatto stesso d'avervi proceduto dopo che contro la deliberazione era stato promosso ricorso d'impugnazione.

Se però il ricorso non ha per sè medesimo virtù sufficiente per sospendere l'eseguimento della deliberazione, non può certo negarsi ai reclamanti il diritto di chiedere, e al tribunale la facoltà di ordinare una sospensione provvisoria; la quale sarà accordata o negata secondo la maggiore o minore gravità e la irreparabilità o no del danno che dall'eseguire quella deliberazione potesse derivare. Per riuscire più prontamente nell'intento i ricorrenti potrebbero valersi del mezzo della citazione a breve termine, secondo l'art. 154 del codice di procedura civile; e non è dubbio poi che fatta la domanda di sospensione provvisoria, e finchè intorno ad essa non fosse deciso dal tribunale, non potrebbe intanto procedersi ad eseguire la deliberazione impugnata.

Quanto agli effetti della decisione, colla quale il tribunale accolga il ricorso promosso dai membri della minoranza del consiglio, o dal ministero pubblico, può sorgere il dubbio se il potere dell'autorità giudicante si limiti alla annullazione della deliberazione impugnata, o si estenda anche a sostituire a questa la decisione stessa del tribunale, ordinando esso ciò che debba farsi nell'interesse del minore.

La risoluzione è facile quando si tratti di affari concernenti l'amministrazione dei beni del minore. La questione sottoposta alla decisione del tribunale non è veramente di validità o nullità della deliberazione presa dalla maggioranza del consiglio, ma suppostane anzi la validità, sia per la competenza e la regolarità di costituzione del consiglio, sia per la forma della deliberazione stessa, si disputa unicamente sul merito di essa, sulla sua convenienza o contrarietà all'interesse del minore. La questione è tra il voto della maggioranza che ha deliberato, e quello della minoranza ricorrente; e quando il tribunale dirime la contestazione accogliendo il ricorso, aggiunge il peso della propria autorità al voto della minoranza, che rende così prevalente su quello della maggioranza; epperò non si limita ad annullare il deliberamento rimettendo l'affare al consiglio per una nuova risoluzione, ma pronuncia senz'altro dando forza di deliberazione giuridicamente efficace al voto della minoranza, o riformandolo anche come creda opportuno, e in ogni caso decide definitivamente di ciò che debba farsi nell'interesse del minore, salva sempre l'appellabilità della sentenza. Su ciò nessun dubbio.

Ma crediamo che la stessa massima debba applicarsi, generalmente, quando pure si tratti, non di affari relativi all'amministrazione dei beni, ma di atti di autorità esercitati dal consiglio, in virtù anche di un potere discrezionale conferitogli dalla legge. Allorchè questo atto di autorità, emanato dalla maggioranza del consiglio, è impugnato dai membri della minoranza o dal ministero pubblico, la questione portata alla decisione del tribunale verte sempre ugualmente tra il voto del maggior numero dei membri del consiglio e quello del minor numero; e l'autorità giudiziaria, che accoglie il ricorso, rende con ciò stesso prevalente e decisivo il voto della minoranza. Vi sono casi pei quali questa massima è consacrata da testi espressi di legge. Quando infatti il consiglio abbia accolta o respinta l'istanza per la esclusione o rimozione del tutore,

del protutore, del curatore o di un consulente, l'art. 271 riserva alla parte soccombente *il diritto di richiamo davanti al tribunale;* ed è chiaro quindi che, qualora tale ricorso sia accolto, il tribunale pronuncia la esclusione o rimozione che il consiglio di famiglia aveva respinta, o mantiene in ufficio il funzionario ch'era stato escluso o rimosso. Così pure quando il consiglio — sia poi a sola maggioranza o ad unanimità di voti — abbia rigettata la domanda di dispensa proposta dal tutore o dal protutore, questi possono, a norma dell'art. 275, impugnare tale decisione davanti al tribunale; il quale se accolga il ricorso, deve quindi necessariamente pronunciare l'ammissione della dispensa. Reputiamo che similmente debbano risolversi per identità di motivi altri casi analoghi; come quando il consiglio di famiglia, deliberando a sola maggioranza di voti, avesse accordata al tutore o al protutore la dispensa da lui domandata, od avesse prestato consenso al matrimonio del minore; od avesse ammessa o respinta la proposta di emanciparlo. Anche qui il tribunale, accogliendo il ricorso presentato dai membri della minoranza dissenziente o dal pubblico ministero, pronuncierebbe definitivamente su ciò che dee farsi nell'interesse del minore, mantenendo in ufficio il tutore o il protutore, facendo considerare come non avvenuta la prestazione del consenso al matrimonio del minore, negandogli o accordandogli la emancipazione.

In un solo caso dovrebbe tenersi la massima contraria: e sarebbe quando si trattasse della nomina del tutore, del protutore o del curatore. Ritenuto pure — come ci parve dimostrato — che anche le deliberazioni recanti tali nomine siano impugnabili, secondo la disposizione generale dell'art. 260, § 2, quando non siano state prese ad unanimità (1), è però chiaro che il tribunale, davanti cui sia promosso il ricorso, non può far altro, accogliendolo, che annullare la deliberazione impugnata.

(1) V. sopra, n. 85, pag. 337.

Se inoltre procedesse esso medesimo alla nomina di un nuovo tutore, protutore o curatore, farebbe in ciò un atto assolutamente estraneo alla sua competenza, sostituendosi al consiglio di famiglia nell'esercizio d'un'autorità che la legge riserba esclusivamente a lui. Bisognerebbe quindi in tal caso rimandare al consiglio di famiglia, affinchè procedesse ad una nuova nomina.

93. (*b*) Entrando ora a trattare, secondo l'ordine divisato, del ricorso che si voglia promuovere contro determinate deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, allo scopo d'impedirne l'esecuzione, quando tale ricorso si fondi non sul merito delle deliberazioni stesse, ma sopra vizii di forma, dobbiamo prima occuparci del caso che questi vizii riguardino l'incompetenza del consiglio, in ordine alla sede in cui fu costituito, o la illegalità della sua formazione (1). Nel quale rapporto pure è ovvia l'osservazione già fatta, che quando una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela non possa per le cause predette avere piena efficacia giuridica, non debba esser preclusa la via ad impugnarla anche prima che sia eseguita, e pel fine appunto d'impedire che sia posta in atto; imperciocchè sarebbe contrario a ragione ed all'interesse del minore il rendere necessario l'eseguimento d'una deliberazione nulla, riservando soltanto la facoltà d'impugnare l'atto o il contratto che in conseguenza di essa fosse stato compiuto (2). A tale proposito però giova richiamare la distinzione altra volta notata, tra i casi in cui l'atto costitutivo del consiglio di famiglia abbia a riguardarsi come *inesistente giuridicamente*, o solo come *annullabile*. Chè l'uno o l'altro di questi vizii si comunicherà di necessità corrispondentemente alle deliberazioni che siano emanate da quel consiglio; le quali, se siano soltanto annullabili, lascieranno luogo appunto

(1) V. sopra, n. 77, pag. 298.
(2) V. sopra, n. 83.

ad un ricorso per impedire che siano eseguite, ricorso da promuoversi davanti al tribunale dalle persone, nel tempo, nei modi e cogli effetti che ci proponiamo ora di dimostrare; mentre se fossero da considerarsi come inesistenti in diritto, sarebbero di per sè medesime inefficaci a produrre un effetto legale qual che si fosse, e qualunque persona avente interesse, in ogni tempo, senza bisogno di osservare alcuna forma speciale, senza che le fosse mai opponibile nè conferma nè prescrizione, potrebbe difendersi contro chi adducesse verso di lei gli effetti di quella deliberazione o degli atti che fossero stati compiuti in conseguenza di essa, allegandone l'inesistenza giuridica (1).

Nel luogo ora ricordato dimostrammo che la incompetenza del consiglio, per la illegalità della sede in cui sia stato costituito, non può considerarsi, secondo la nostra legislazione, come causa d'inesistenza giuridica, ma solo di annullabilità delle deliberazioni che il consiglio predetto abbia prese. Ad esse pertanto saranno sempre applicabili le regole che verremo esponendo circa la facoltà d'impugnarle per impedirne la esecuzione.

Per quanto invece riguarda la *illegale composizione* del consiglio, dimostrammo doversi osservare la distinzione tra l'assoluta inesistenza giuridica e la semplice annullabilità dell'atto costitutivo; e in quella classificammo i casi in cui si fosse preteso di costituire un consiglio di famiglia o di tutela senzachè fosse formato sotto la presidenza di un pretore, o con un numero di consulenti minore o maggiore di quello stabilito dalla legge, o entrando a far parte del numero qualche persona che a norma di legge fosse incapace di tali funzioni. Quella medesima distinzione e queste stesse norme, quanto alla inesistenza giuridica della costituzione del consiglio, dovrebbero parimente osservarsi rispetto alle deliberazioni ch'esso avesse prese; le quali pertanto nei casi predetti dovrebbero conside-

(1) V. sopra, n. 79, pag. 301 e seg.

rarsi come assolutamente inesistenti per ogni effetto di diritto.

Stabilendo poi le norme per determinare in quali casi l'atto costitutivo del consiglio di famiglia o di tutela, per ragione della irregolarità di sua composizione, avesse a qualificarsi come soltanto annullabile, non come assolutamente inesistente in diritto, dicemmo inapplicabili le teorie professate dagl'interpreti del codice francese; considerato il diverso sistema adottato nel nostro, che ha fatto del consiglio di famiglia o di tutela un corpo permanente, le cui attribuzioni non si limitano a prendere occasionalmente quelle deliberazioni di cui si presenti il bisogno nell'interesse del minore, ma si estendono all'esercizio d'una sopravveglianza e d'una direzione superiore continua sulla gestione della tutela. Reputammo perciò che quando si trattasse d'impugnare l'atto stesso costitutivo del consiglio di famiglia o di tutela, allo scopo di ottenerne la ricomposizione conforme alla legge, ciò potesse, di regola, farsi sempre durante tutto il corso della tutela, e qualunque fosse la irregolarità di cui la composizione del consiglio fosse viziata. Eccettuammo soltanto alcuni casi particolari, nei quali essendosi esercitato nella formazione del consiglio un potere discrezionale affidato dalla legge al pretore, pensammo non potersi neppure allegare giustamente una vera illegalità di costituzione del consiglio stesso. Avvertimmo però nel medesimo tempo che tutto ciò riguardava unicamente l'impugnazione che volesse farsi dell'atto stesso costitutivo del consiglio, per la riforma di questo a norma di legge; ma che quando invece si trattasse soltanto d'impugnare particolari deliberazioni, che fossero state prese dal consiglio irregolarmente composto, altre norme dovevano essere seguite; ed è di queste norme, di cui riservammo allora la dimostrazione, che presentemente dobbiamo occuparci.

Che possa farsi annullare una deliberazione qualsiasi del consiglio di famiglia o di tutela, per ciò solo ch'esso

sia stato costituito fuori della sua sede legale o con una formazione irregolare, qualunque ne sia la causa, non pare sostenibile. Non abbiamo testo di legge che stabilisca una massima simile; nè potrebbe essere citata a proposito la disposizione dell'art. 256, § 2, poichè — come già accennammo e vedremo meglio più oltre — essa riguarda l'impugnabilità di atti o contratti che siano stati compiuti in esecuzione di deliberazioni prese da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito, ma non contempla i ricorsi che siano diretti contro queste deliberazioni stesse, non ancora eseguite, allo scopo appunto d'impedire che siano poste in atto (1). In mancanza dunque di *nullità testuale* non ve ne potrebb'essere che una *virtuale*, da desumersi dallo spirito della legge, il cui scopo non si potesse conseguire se non quando fossero osservate quelle sue disposizioni concernenti la sede in cui deve costituirsi il consiglio, e le persone delle quali deve essere composto. Lo scopo delle disposizioni della legge in questa materia si riduce tutto ed esclusivamente a guarentire gl'interessi del minore. Ora la lesione di questi interessi — trattandosi d'impugnare, come qui si suppone, non già la costituzione stessa del consiglio per farlo ricomporre legalmente, ma qualche particolare deliberazione da esso emanata, per impedire che venga eseguita — dovrebbesi riscontrare nella deliberazione stessa contro cui si ricorre. Per farla annullare sarebbe dunque necessario dimostrare, appoggiandosi alle circostanze particolari del caso, ch'essa non fosse conforme al vero interesse del minore. E infatti, se un consiglio di famiglia — quantunque non costituito nella sede legale, od irregolarmente composto, perchè ne fosse rimasto escluso uno che era consulente di diritto, o fosse stato chiamato a farne parte un amico a preferenza d'un parente od affine, o un estraneo a preferenza di chi ebbe col genitore del mino-

(1) V. sopra, n. 81, pag. 325 e segg.

renne relazioni abituali di amicizia — avesse presa una deliberazione necessaria od utile pel minore, sarebbe forse conforme allo spirito della legge l'annullare quella deliberazione impedendo così che venisse eseguita? È evidente l'opposto; poichè reso così impossibile l'eseguimento di quella deliberazione, bisognerebbe aspettare la nuova legale costituzione del consiglio di famiglia per ottenerne nient'altro che il rinnovamento di quella identica deliberazione, e ciò non potrebbe in ultimo risultato che riuscire di danno al minore.

La dottrina infatti è concorde, per le predette considerazioni, nel ritenere che per quanto concerne le singole deliberazioni d'un consiglio di famiglia irregolarmente composto non sia da applicarsi la regola comune, secondo la quale il decidere se l'inosservanza d'una disposizione di legge produca o no la nullità virtuale di un atto deve dipendere dalla natura stessa di quella disposizione, anzichè dai fatti della causa; è concorde nell'ammettere, che per una eccezione fondata sull'indole speciale della materia di cui qui si tratta, l'inosservanza delle norme di legge circa la composizione del consiglio di famiglia debba far luogo ad annullarne le deliberazioni solamente quando nelle circostanze particolari dei casi sia dimostrato che quelle deliberazioni non siano conformi ai veri interessi del minore. E in tal senso si afferma che i tribunali non hanno il dovere, ma la *facoltà* di annullare quelle deliberazioni le quali siano emanate da un consiglio illegalmente costituito. A questa regola però si aggiunge una eccezione, pel caso che la irregolare composizione del consiglio sia stata effetto di *frode;* perchè questa implicando necessariamente che il minore sia stato privato di quelle guarentìe che la legge volle assicurargli, ciò stesso contiene una manifesta lesione degli interessi di lui (1).

(1) V. Toullier, t. I, n. 1119; Marcadé, art. 410, § 4, t. I, n. 202; Valette sur Proudhon, t. II, cap. IX, s. VII; Demolombe, t. VII, n. 330, 332; Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 20; Laurent, t. IV, n. 477, 478.

94. Determinato così quando si possa impugnare una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, allo scopo d'impedire che venga eseguita, fondandosi sulla incompetenza o sulla irregolare costituzione del consiglio stesso, dobbiamo ora stabilire da quali e contro quali persone possa essere promosso ricorso a tale uopo.

Neppure intorno a ciò abbiamo precise disposizioni di legge; e dobbiamo quindi avere riguardo a quelle *che regolano casi simili o materie analoghe*, come è detto nell'art. 3 delle disposizioni preliminari. Applicando la stessa massima traemmo dagli articoli 260 cod. civ. ed 815 cod. proc. civ. le norme per stabilire quali persone possano impugnare la costituzione stessa del consiglio di famiglia, siccome avvenuta in una sede diversa da quella che la legge gli assegna o con una irregolare composizione (1). E qui l'analogia è manifestamente tanto maggiore, dappoichè così nel caso espressamente contemplato dai predetti articoli, come in quello di cui ora si disputa, trattasi ugualmente di ricorso diretto contro particolari deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, al fine d'impedire l'eseguimento di esse; e la differenza consiste unicamente nel motivo del ricorso, che nell'un caso è relativo al merito della deliberazione impugnata, nell'altro concerne soltanto la forma esteriore, e propriamente la illegale costituzione del consiglio, da cui fu presa la deliberazione, o per incompetenza o per irregolare formazione di esso. L'evidenza dell'analogia è anzi tanta da non lasciare alcun dubbio sull'applicabilità delle stesse norme dei citati articoli 260 cod. civ. ed 815 proc. civ., allorchè si tratti d'impugnare per incompetenza o irregolare costituzione del consiglio una deliberazione ch'esso abbia presa a sola maggioranza di voti. Poichè, quantunque le disposizioni predette riguardino letteralmente al caso che una deliberazione sia impugnata nella sua sostanza, preten-

(1) V. sopra, n. 80, pag. 314 e segg.

dendola contraria all'interesse del minore, è però chiaro che se, per riuscire nel medesimo intento di far annullare, sempre nell'interesse del minore, una deliberazione non unanime del consiglio, si adotti il mezzo, che si presenti più pronto e sicuro, di appoggiarsi al motivo della illegale costituzione del consiglio medesimo, la sostanza della cosa non muta per ciò, l'oggetto e lo scopo dell'azione è lo stesso; e vi è dunque ragione perfettamente identica perchè dalle stesse persone possa pure quell'azione esser promossa. Sembra pertanto indubitabile che anche in questo caso il ricorso potrà essere proposto dal tutore, dal protutore, dal curatore, dai membri intervenuti alla adunanza e che hanno dissentito dalla deliberazione della maggioranza, e in fine dal ministero pubblico, secondo le norme superiormente dimostrate (1).

Ma supposto pure che si tratti di deliberazione presa ad unanimità da un consiglio incompetente o irregolarmente formato, non può negarsi che in parte almeno siano applicabili le medesime norme. Trattasi d'impedire, mediante il ricorso, che venga eseguita con danno del minore una deliberazione la quale non deve avere efficacia secondo la legge, poichè è emanata da un consiglio illegalmente costituito. Qual cosa dunque più naturale che il ricorso possa farsi da coloro i quali per mandato della legge stessa rappresentano il minore, o in tutti gli atti della vita civile — come il *tutore* — o almeno per la specialità di far annullare le deliberazioni del consiglio di famiglia che al minore predetto siano pregiudizievoli — come è stabilito appunto nell'art. 260 rispetto al *protutore* ed al *curatore?*

Reputiamo parimente indubitabile che il ricorso possa proporsi dal *ministero pubblico*. È di suo ufficio *il vegliare alla tutela delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica*, e gli è attribuita *azione diretta per fare eseguire*

(1) V. sopra, n. 86-89, pag. 348 e seg., 361 e seg.

ed osservare le leggi d'ordine pubblico. E qui si tratta appunto di far osservare le leggi d'ordine pubblico, quali sono quelle concernenti l'ordinamento della tutela, provocando l'annullamento d'una deliberazione presa in contravvenzione a tali leggi; si tratta della tutela d'un minore al cui interesse si suppone nociva quella deliberazione. E perchè dunque non dovrebbe spettare a tal uopo al ministero pubblico la facoltà di presentare ricorso al tribunale? Ciò è conforme ai principii generali, ed è confortato anche dall'analogia colla disposizione dell'art. 815 procedura civile.

Che dovremo dire dei consulenti, i quali o non siano intervenuti all'adunanza, o intervenuti abbiano preso parte anch'essi alla votazione unanime della deliberazione? Ben s'intende che supponiamo trattarsi d'uno di coloro che abbiano qualità legittima per far parte del consiglio; chè se l'irregolare composizione di esso riguardasse appunto quelli che poi pretendessero d'impugnare per tale causa una deliberazione, sarebbe troppo evidente la impossibilità anche solo del dubbio ch'essi avessero qualità per poterlo fare.

Nondimeno reputiamo certo che neppure i consulenti rivestiti legittimamente di tale ufficio potrebbero impugnare una deliberazione del consiglio, per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione di esso, qualora non fossero intervenuti all'adunanza od avessero preso parte anch'essi alla votazione unanime di quella deliberazione. Da un lato mancherebbe in tal caso la ragione di analogia colla disposizione dell'art. 260, poichè questa pone espressamente per condizione della facoltà di ricorso, che concede ai consulenti, ch'essi *siano intervenuti all'adunanza*, ed abbiano fatto parte della *minoranza dissenziente;* dall'altro lato sta la considerazione già altra volta esposta, che l'ufficio dei consulenti è collettivo, anzichè individualmente distinto, e che poi neppure al consiglio considerato collettivamente appartiene la rappresentanza della persona

soggetta a tutela, sicchè abbiasi a riconoscere nei consulenti medesimi una qualità legale per poter impugnare nell'interesse del minore quelle deliberazioni del consiglio, alle quali essi o siano rimasti completamente estranei o vi abbiano partecipato con voto favorevole.

Quest'ultima ragione riguarderemmo come decisiva anche pel caso speciale d'un consulente di diritto, il quale, escluso senza legittima causa dalla composizione del consiglio, volesse ricorrere contro le deliberazioni da questo prese ad unanimità in assenza di lui. Vedemmo che il consulente ingiustamente omesso nella formazione del consiglio avrebbe incontestabilmente diritto di reclamare contro la costituzione di questo, e quindi contro la speciale deliberazione presa in proposito dal consiglio medesimo, secondo l'art. 256, § 1. Ma in ciò egli agirebbe, come osservammo, in proprio nome e per rivendicare un proprio diritto (1); mentre se impugnasse altre deliberazioni prese sopra affari particolari della tutela dal consiglio illegalmente composto, non potrebbe farlo che nel solo interesse del minore e come rappresentante di lui; al che gli manca la qualità legale che sarebbe necessaria.

È certo che il minore stesso soggetto a tutela non potrebbe esercitare personalmente l'azione per impugnare deliberazioni prese dal consiglio illegalmente costituito; poichè in tutti gli atti civili egli dev'essere rappresentato dal suo tutore, e in mancanza di esso dal protutore. È certo però altrettanto che il minore emancipato potrebbe promuovere una simile azione, a condizione soltanto di essere assistito ed autorizzato dal curatore.

Ci resta di rispondere ad un ultimo quesito: l'azione per far annullare una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, a causa dell'incompetenza o della irregolare costituzione di esso, potrà mai essere esercitata da terze persone?

(1) V. sopra, n. 80, pag. 314.

Dobbiamo cominciare dall'escludere che una tale azione possa competere a quei terzi i quali non abbiano da allegarne a fondamento altro che un semplice *interesse morale;* come sarebbe di coloro che ricorressero in qualità soltanto di parenti, di affini, di amici del minore. Valgano intorno a ciò le considerazioni che abbiamo addotte in altra occasione. L'interesse, che è necessario per poter proporre una domanda in giudizio, dev'essere, generalmente, *pecuniario, legittimo ed attuale.* Può bensì talvolta bastare anche un *interesse puramente morale;* ma ciò avviene soltanto in via di eccezione alla regola comune predetta, e dipendentemente dall'indole giuridica speciale dell'azione di cui si tratti, o da una disposizione espressa di legge, od anche dalla volontà tacitamente ma chiaramente manifestata dal legislatore. Ora nessun testo di legge, nè espressamente, nè per induzione, autorizza a ritenere che terze persone possano impugnare deliberazioni d'un consiglio di famiglia o di tutela, allegando l'incompetenza o l'irregolare costituzione di esso, e fondandosi sopra un puro interesse morale di parentela, di affinità, o di affetto verso il minore. Nè ciò d'altra parte potrebbe farsi derivare dall'indole speciale dell'azione. Poichè anzi, trattandosi di far annullare una deliberazione d'un consiglio di famiglia o di tutela, oppugnando la costituzione di esso, sia per la sede in cui fu stabilito, sia per la pretesa irregolarità di sua formazione, è chiaro che la natura stessa di tale azione, diretta unicamente all'interesse del minore, consigliava a limitarne l'esercizio, dandone facoltà soltanto a coloro che fanno parte degli uffici interni della tutela, ed al ministero pubblico, anzichè estenderlo ad altre private persone estranee alle funzioni tutelari. E potrebbe infatti divenir causa di gravi danni pel minore il permettere ad estranei d'ingerirsi negli affari interni della tutela, sotto pretesto del proprio interessamento pel bene del minore, ma in realtà, e più spesso forse, per secondi fini tutt'altro che vantaggiosi a lui.

Ma almeno i terzi, che abbiano un interesse pecuniario, legittimo ed attuale ad impedire l'eseguimento d'una deliberazione del consiglio di famiglia, potranno impugnarla a cagione della incompetenza od irregolare costituzione del consiglio medesimo che l'ha pronunciata?

A tale proposito è stato insegnato doversi applicare la distinzione, tante volte ricordata, tra l'assoluta *inesistenza giuridica* e la *semplice annullabilità* dell'atto costitutivo del consiglio di famiglia o di tutela; ritenendo che nel primo caso qualunque persona interessata possa sempre far valere l'inesistenza giuridica conseguente delle deliberazioni prese dal consiglio illegalmente costituito, delle quali si volessero opporle gli effetti; nel secondo caso invece sia di regola irricevibile la domanda, che il terzo interessato proponga per la dichiarazione di nullità delle deliberazioni prese dal consiglio incompetente o irregolarmente formato, e solo per eccezione, quando si tratti della deliberazione con cui sia stato autorizzato il tutore ad agire giudizialmente nell'interesse del minorenne contro un terzo, possa questi, convenuto in giudizio, opporre l'eccezione di nullità di quell'autorizzazione (1).

Senza intendere di contraddire a questa teoria, reputiamo però necessaria qualche avvertenza per determinarne esattamente il fondamento, e l'estensione che si può darle nell'applicazione pratica.

Quando il vizio di forma, di cui si trovi infetto l'atto costitutivo del consiglio di famiglia o di tutela, sia sostanziale, sicchè abbia a riguardarsi come inesistente in diritto la costituzione stessa del consiglio, è chiaro che altrettanto dovrà dirsi d'ogni deliberazione che emani da esso, alla quale si comunicherà necessariamente il medesimo vizio. Epperò divenendo applicabili i principii riguardanti gli atti inesistenti, non potrebbe esser dubbio in questo caso che ogni persona, contro la quale si volesse far valere per

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 30, 31; Laurent, t. IV, n. 488, 489.

qualunque effetto quella pretesa deliberazione, se ne difenderebbe legittimamente allegando che questa, siccome inesistente in diritto, non può avere efficacia alcuna, e che qualunque effetto si volesse attribuirle contro di lei offenderebbe un suo diritto legittimo.

Ma quando il difetto di forma non sia sostanziale, quando sia tale da potere soltanto dar luogo all'annullazione dell'atto costitutivo del consiglio, e conseguentemente anche delle deliberazioni che questo abbia prese, non è possibile lasciare in dimenticanza la considerazione che quest'annullabilità, essendo stabilita nell'esclusivo interesse del minore, è quindi essenzialmente *relativa*, e non può essere invocata che dal minore stesso, o per lui da chi legittimamente lo rappresenta. Il terzo, per quanto potesse avervi interesse, non avrebbe dunque certamente qualità per poter chiedere *l'annullamento della deliberazione* presa dal consiglio di famiglia o di tutela, a cagione della incompetenza o della irregolare formazione del consiglio medesimo. È evidente infatti che l'interesse, quale che si fosse, della terza persona, non sarebbe *legittimo* all'uopo di chiedere la dichiarazione di nullità di quella deliberazione; dappoichè nè la incompetenza o la irregolare formazione del consiglio, nè la conseguente nullità per vizio di forma della risoluzione da tale consiglio emanata, potrebbe mai considerarsi come *lesiva di un diritto del terzo predetto*.

Senonchè è da riflettere che quando un terzo, in proprio nome e per proprio interesse, impugni una deliberazione presa da un consiglio di famiglia o di tutela incompetente o irregolarmente composto, non lo fa veramente allo scopo di ottenere l'annullamento di quella deliberazione, che non riguarda lui, ma il minore; lo fa unicamente per opporsi a che quella deliberazione venga eseguita in suo danno. Ora, dal non potere il terzo agire per l'annullamento della deliberazione, segue forse ch'egli debba sempre subire, senza possibilità di opposizione, l'eseguimento di essa? Sarà così certamente fintantochè egli non abbia da con-

trapporre che un *semplice interesse* ad impedire l'esecuzione di quel deliberamento; poichè all'esercizio dei diritti d'una persona non può fare ostacolo il solo interesse contrario d'un'altra. Ma se invece egli possa allegare più che un semplice interesse, perchè l'eseguimento della deliberazione del consiglio incompetente o irregolarmente composto *offenderebbe un vero diritto* spettante al terzo medesimo, è chiaro che si dovrà riconoscere in favore di lui il diritto di opposizione. Ed è ciò appunto che si verifica allorchè contro un terzo sia introdotta nel giudizio un'azione nell'interesse del minore, in virtù di deliberazione emanata da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito. È un diritto del convenuto d'esser posto nella controversia in condizioni pari col suo avversario; e questo suo diritto sarebbe leso, s'egli non potesse opporre quella eccezione di nullità della deliberazione in forza della quale fu promossa l'azione contro di lui, mentre di simile nullità potrebbe poi giovarsi il minore, o per lui chi lo rappresentasse, qualora il minore stesso riuscisse soccombente nella controversia.

Considerate le cose sotto questo aspetto, non parrebbe accettabile la distinzione, che per l'applicazione della teoria sopra indicata è proposta da uno degli autori che abbiamo citati. Il *Laurent* pensa che se un tutore nominato da un consiglio incompetente, perchè formato fuori del domicilio della tutela, agisca giudizialmente contro un debitore del minorenne, il convenuto non possa opporre la nullità dell'atto di nomina di quel tutore, onde sostenere che l'attore non ha qualità per trarlo in giudizio ed esigere il pagamento di ciò che è dovuto al minore; ma che se invece si tratti d'irregolarità per la quale sia annullabile la deliberazione con cui dal consiglio sia stato autorizzato il tutore ad intentare un'azione contro un terzo, questi potrà opporre l'eccezione di nullità per difendersi dall'azione, fintantochè, regolarizzato l'atto di autorizzazione, sia rimosso il pericolo, al quale altrimenti rimar-

rebbe esposto il convenuto, di potersi vedere opposta nell'interesse del minore la nullità della sentenza che riuscisse favorevole a lui convenuto. Quali sono le ragioni di questa differenza, che si farebbe tra i due casi?

Il consiglio di famiglia — comincia col dire l'autore — quando pure sia stato formato altrove che nel luogo di domicilio della tutela, ha tuttavia una esistenza legale, e può prendere deliberazioni; le quali sono soltanto *annullabili* mediante un'azione che si fonda nel solo interesse del minore, e che quindi dev'essere esclusivamente *relativa* a lui. I terzi non possono avere qualità nè interesse ad esercitare quell'azione, spettante al minore ch'essi non rappresentano. E fin qui il ragionamento è incontrastabile; ma esso ci conduce soltanto ad escludere che un terzo, per quanto interesse possa avervi, sia mai autorizzato a chiedere la dichiarazione di nullità della deliberazione presa dal consiglio di famiglia, a causa della incompetenza od irregolare costituzione di esso; il che vedemmo non esser dubbio. Resta però sempre a stabilirsi se il terzo, non potendo agire per l'annullamento della deliberazione del consiglio, sia costretto per ciò solo e sempre a subire l'eseguimento che si voglia farne in danno suo; o se e quando abbia facoltà di opporvisi, agendo così non in nome del minore, di cui non ha di certo rappresentanza alcuna, bensì in nome proprio. Senonchè questo pure è negato dal *Laurent*, affermando che " i terzi debitori *non hanno interesse* ad " agire in proprio nome; poichè essi *possono pagare validamente in mano del tutore, finchè la nomina di lui non sia stata annullata* „ e che, d'altro lato, l'opinione contraria " condurrebbe a rivolgere in danno del minore una garanzia stabilita nel solo suo interesse, giacchè i debitori " di lui, in vece di pagargli ciò che gli devono, impugnerebbero la nomina del tutore, l'annullamento della quale, " se fosse pronunciato, produrrebbe la necessità di una " nomina nuova, e quindi lentezze, spese, inconvenienti a " tutto pregiudizio del minore „.

Non sembra veramente esatta la premessa, che i debitori del minore possano pagare validamente in mano del tutore nominato da un consiglio illegalmente costituito, finchè tale nomina non sia stata annullata. La sentenza, che dichiarasse questa annullazione, avrebbe naturalmente effetto retroattivo; di che risulterebbe che non sarebbe mai stato tutore in diritto colui che di fatto ne avrebbe esercitato l'ufficio. Per tal modo si verificherebbe che il pagamento, non essendo stato fatto a chi fosse autorizzato dalla legge a riceverlo pel creditore, sarebbe nullo. Certamente il terzo debitore, che avesse eseguito tale pagamento, potrebbe difendersi allegando *la propria buona fede, l'errore comune e invincibile*, in cui si fosse trovato, circa la qualità di tutore della persona in cui mani pagava. Ciò era ammesso dalla dottrina in diritto francese, e fu sanzionato espressamente dall'art. 256, § 2 del nostro codice, con lo stabilire che nessun atto, compiuto in seguito a deliberazione emessa da un consiglio di famiglia incompetente o irregolarmente costituito, possa mai essere annullato *in pregiudizio d'un terzo che sia stato in buona fede*. Ma di buona fede e di errore invincibile non è caso certamente di parlare qui, dove supponiamo che il terzo conosca la nullità della nomina del tutore, dal quale è intentata l'azione contro di lui chiedendogli il pagamento del credito del minore. E perchè dunque questo terzo debitore dovrebb'essere costretto irremissibilmente a pagare in mano di chi non ha qualità legittima per ricevere? Perchè gli sarebbe negato di opporre la eccezione tratta da codesta mancanza di qualità nell'attore, mentre tale mancanza potrebbe poi essere opposta nell'interesse del minore a lui, per costringerlo a pagare una seconda volta, quando la nomina del tutore venendo annullata ne risultasse che il pagamento fosse stato ricevuto da chi non ne aveva il mandato legale? Si risponde che altrimenti i terzi debitori di mala fede potrebbero impugnare la nomina del tutore al solo scopo di ritardare il pagamento di ciò che devono

al minore; in danno del quale si rivolgerebbe così ciò che la legge ha stabilito per proteggerne gl'interessi. Ma, oltrechè non sarebbe giusto l'addurre la possibilità di frodi come motivo per impedire l'esercizio di ragioni legittime, è poi anche da riflettere, per ciò che riguarda specialmente il diritto nostro, che ad evitare il pericolo additato è provveduto abbastanza con un'altra disposizione contenuta nel già citato art. 256, § 2. Ivi è stabilito che, trascorsi sei mesi dopo la prima convocazione, nessun atto, che sia stato compiuto in eseguimento di deliberazione del consiglio di famiglia, può più essere impugnato per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione del consiglio stesso. Se dunque sia già compiuto questo termine, allorchè un debitore del minorenne sia tratto in giudizio dal tutore, il convenuto non potrà certamente opporre la nullità dell'atto con cui quel tutore sia stato nominato dal consiglio di famiglia, adducendo che questo fosse incompetente o irregolarmente costituito. Allora sarebbe giusto rispondere a quel terzo debitore, ch'egli non ha interesse ad opporre quella eccezione in nome proprio, perchè la nullità della deliberazione con cui fu nominato il tutore non potrebbe mai nuocere alla perfetta validità del pagamento che a questo si facesse, in virtù del disposto del predetto articolo 256, § 2; nè poi il terzo debitore ha qualità nè interesse per opporre quella nullità in nome del minore, che egli certamente non può rappresentare. Così tutto si ridurrebbe, secondo il diritto nostro, a quel breve periodo di sei mesi dal giorno della prima convocazione, entro i quali, potendo essere impugnati tutti gli atti conseguenti alle deliberazioni prese da un consiglio di famiglia incompetente o irregolarmente costituito, sarebbe quindi annullabile anche un pagamento che fosse stato fatto al tutore nominato da quel consiglio. Ma in tale supposto è evidente da un lato che non vi sarebbe ragione per negare al debitore la facoltà di rifiutarsi al pagamento, che gli fosse richiesto in tale periodo di tempo da quel tutore, mentre

si riconosce una simile facoltà a favore del terzo contro cui il tutore promuova un'azione all'esercizio della quale sia stato irregolarmente autorizzato. Ed è poi altrettanto chiaro, d'altro lato, che, ristretta la cosa in questi limiti, non è più da temere seriamente il pericolo che i debitori, per sottrarsi al pagamento di ciò che devono al minore, impugnino senza fondamento la nomina del tutore, nè che ciò produca lentezze, spese, inconvenienti gravi a pregiudizio del minore.

Riassumendo, ecco dunque le massime, che sembrano da seguirsi nel diritto nostro, per determinare quando possano i terzi opporsi all'eseguimento in loro danno di deliberazioni prese da un consiglio di famiglia o di tutela incompetente o irregolarmente costituito.

Lo possono sempre quando la illegalità dell'atto costitutivo del consiglio sia tale da renderlo *inesistente giuridicamente;* ed in tal caso qualunque interesse pecuniario ed attuale abbiano i terzi, che possa essere pregiudicato dall'eseguimento d'una deliberazione di quel consiglio, basta per autorizzarli ad opporvisi.

Quando poi il consiglio di famiglia o di tutela non abbia a considerarsi come inesistente in diritto, ma sia incompetente, o l'atto di sua costituzione si trovi infetto d'irregolarità, le quali lo rendano soltanto annullabile, nessuna terza persona può avere mai qualità per esercitare un'azione diretta ad ottenere l'annullamento delle deliberazioni emanate da quel consiglio, per quanto sia interessata a tale annullazione. Solo potrebbero i terzi opporsi all'eseguimento di quelle deliberazioni, qualora da esso potesse derivare non solo un pregiudizio ai loro interessi, ma una offesa ai loro diritti: e questo si verificherebbe quando essi fossero tratti in giudizio, in nome del minorenne, da un tutore nominato da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito, o in virtù di autorizzazione emanata da un tale consiglio, e ciò avvenisse entro i sei mesi dal giorno della prima convocazione del consiglio medesimo.

Dobbiamo ora stabilire contro quali persone possa essere promosso il ricorso con cui s'impugni, per impedirne l'eseguimento, una deliberazione presa da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito. Al qual proposito però potranno bastare poche parole; perocchè, se non può dirsi applicabile letteralmente l'art. 260, § 2, riferendosi esso al caso in cui vengano impugnate *nel merito* le deliberazioni prese dal consiglio *a sola maggioranza di voti*, è certo però che quella disposizione può essere giustamente invocata anche qui per ragione di analogia. Se non sia stata presa ad unanimità la deliberazione, che si voglia impugnare a causa d'incompetenza o d'irregolare costituzione del consiglio che l'ha pronunciata, nulla di più naturale che rivolgere l'azione contro coloro che, intervenuti all'adunanza, concorsero con voto favorevole in quella deliberazione. Chi altri, se non essi, ha interesse morale e diritto di sostenere la validità di quella deliberazione, e rimuovere gli ostacoli che si oppongono all'eseguimento di essa? E la stessa ragione sta pure per ritenere, quando la deliberazione sia stata presa ad unanimità, che il ricorso con cui la si impugni debba essere promosso contro tutti coloro che vi presero parte. Tali infatti reputiamo essere le massime da seguirsi in questo proposito.

95. Trattandosi d'impugnare particolari deliberazioni, prese da un consiglio di famiglia o di tutela incompetente o irregolarmente costituito, *allo scopo d'impedire l'esecuzione di esse*, sarebbe naturale che il ricorso fosse sempre ammissibile, purchè venisse proposto *prima che fossero eseguite* quelle deliberazioni. Una massima simile è infatti stabilita nell'art. 815 del cod. proc. civ., rispetto al ricorso del ministero pubblico contro le deliberazioni prese dal consiglio a maggioranza di voti, delle quali si reputi opportuno per l'interesse del minore impedire l'eseguimento, impugnandole nel merito davanti al tribunale. Nel

medesimo articolo è prefisso veramente un termine speciale e brevissimo pel ricorso che vogliano proporre i membri della minoranza dissenziente; e ciò per motivi particolari, che indicammo a luogo opportuno. Ma dove questi motivi eccezionali non si presentavano, dove non era da prefiggere all'esercizio dell'azione altro limite di tempo fuor di quello che fosse connaturale all'indole dell'azione stessa — come appunto nel caso in cui questa venga promossa dal ministero pubblico — la legge ha dichiarato che il ricorso sia proponibile contro la deliberazione *prima che sia eseguita*. Non è da dissimularsi che un argomento in contrario potrebbe parere deducibile dalla disposizione dell'art. 256 § 2, che dichiara non potersi più impugnare, per ragione d'incompetenza o di irregolare costituzione del consiglio di famiglia, gli atti di esso, quando siano trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione. Ma già osservammo che questa disposizione riguarda unicamente il ricorso che abbia per fine di far annullare *particolari atti compiuti in esecuzione di deliberazioni prese dal consiglio di famiglia;* non quello con cui s'impugnino direttamente le deliberazioni stesse per impedire che vengano eseguite (1). E infatti quando le deliberazioni del consiglio siano state eseguite, e in conformità di esse siansi formati atti o contratti, nei quali siano impegnati interessi di terze persone, è giusto porre il limite di un breve termine, oltre il quale quegli atti o quelle convenzioni non possano impugnarsi per pretesa incompetenza o irregolare costituzione del consiglio che li aveva deliberati od autorizzati; poichè altrimenti, in vista dei pericoli di future contestazioni, più difficilmente si indurrebbero i terzi a contrattare con chi rappresenta il minore; a danno del quale si rivolgerebbe in ultimo questa condizione di cose. Ma finchè le deliberazioni del consiglio incompetente o irregolarmente costituito non siano state

(1) V. sopra, n. 81, pag. 325 e segg.

eseguite, non potrebb'esservi ragione per vietare che venissero impugnate, qualunque fosse il tempo trascorso dalla prima convocazione di quel consiglio, quando si riconoscesse che l'eseguimento di esse fosse per riuscire di danno anzichè di vantaggio al minore.

Quanto alle forme, in cui debba essere promosso e giudicato il ricorso, sono anche qui applicabili per analogia le regole che vedemmo stabilite dagli articoli 260 cod. civ. ed 815 proc. civ., in ordine all'impugnazione delle deliberazioni del consiglio per la sostanza di esse. La domanda dev'essere portata dinanzi al tribunale del luogo dove ha sede il consiglio di famiglia o di tutela; dev'essere notificata con citazione in via sommaria a coloro in contraddittorio dei quali bisogna procedere, secondo le norme indicate nel numero precedente; i convenuti possono incaricare uno di loro a sostenere il giudizio; e la sentenza del tribunale è appellabile entro il termine stabilito nell'art. 797 del cod. di proc. civile.

Quando poi la sentenza abbia accolto il ricorso, è chiaro quale effetto debba derivarne. La deliberazione pronunciata dal consiglio incompetente o irregolarmente costituito è annullata; si considera quindi come se non fosse mai avvenuta, e n'è così impedita l'esecuzione, ciò che appunto formava lo scopo del reclamo.

96. (*c*) Seguendo l'ordine che ci proponemmo, dobbiamo ora occuparci dei casi nei quali i vizii di forma, per cui s'impugnino gli atti del consiglio di famiglia onde impedire che vengano eseguiti, riguardino la convocazione e la deliberazione del consiglio stesso. Ed anche intorno a ciò è d'uopo tener sempre presente la distinzione tra l'assoluta inesistenza giuridica e la semplice annullabilità, che può verificarsi anche per tali cause negli atti del consiglio. Perciocchè nel primo caso le risoluzioni prese dal consiglio non potrebbero aver mai alcuna efficacia, ed ogni persona a cui venisse opposto quando che fosse un effetto

legale qualunque, che si pretendesse esserne derivato, potrebbe difendersi incontrastabilmente allegando appunto semplicemente la loro inesistenza giuridica. All'opposto nel secondo caso la deliberazione del consiglio esistendo giuridicamente, sebbene fosse annullabile, produrrebbe intanto gli effetti legali che le sono proprii, finchè non ne fosse dichiarata giudizialmente la nullità; nè tale dichiarazione potrebbe promuoversi da chiunque e sempre, ma solo dalle persone, nel tempo e coi mezzi che sono da ritenersi voluti dalla legge, secondo le norme che accenneremo appresso.

Tra le regole stabilite dalla legge per la convocazione e la deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, quali saranno quelle la cui inosservanza produca l'assoluta inesistenza giuridica della deliberazione stessa? I principii generali c'insegnano che dovranno esser quelle, mancando le quali non si verifichi il concorso degli elementi di fatto, che secondo la natura delle cose e lo spirito della legge sono indispensabili per costituire quel voto da cui la legge stessa ha voluto far dipendere la decisione della sorte del minore negli affari che al consiglio vengono sottoposti.

Seguendo questa norma, la dottrina ritiene inesistenti gli atti del consiglio allorchè: 1° non sia stata fatta la convocazione di tutti i membri di esso; 2° o sia mancato il numero legale per deliberare; 3° o non abbia partecipato alla deliberazione dando il proprio voto il giudice, a cui spetta di convocare e presiedere il consiglio; 4° o la risoluzione non sia stata presa a maggioranza assoluta di voti o, in caso di parità, col voto preponderante del presidente (1).

Di tutto ciò parlammo già precedentemente (2); e qui non ci resta che di richiamare le considerazioni stesse ivi accennate.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n. 14, 17, 18, 19; Laurent, t. IV, n. 472, 473, 475, 476.

(2) V. sopra, n. 70, 71, pag. 255 e seg., 260 e seg.

Affinchè una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela corrisponda allo scopo per cui è richiesta dalla legge, affinchè rappresenti veramente il voto di quella assemblea famigliare, alla quale è affidata la protezione dei più importanti interessi del minore, è indispensabile, è essenziale che tutte le persone componenti tale assemblea siano poste in condizione di poter intervenire alla seduta e prender parte alla discussione ed alla deliberazione. Se di qualcuna di quelle persone fu omessa la chiamata, e quantunque gli altri membri del consiglio siansi trovati in numero legale per deliberare, niuno può dire se e quale mutamento avrebbe apportato nella risoluzione che fu presa l'intervento di quella persona. Manca dunque qualche cosa di essenziale alla espressione sincera e piena del vero voto del consiglio; epperò la deliberazione non è solo annullabile, ma veramente inesistente in diritto. In questo senso deve intendersi la disposizione dell'art. 258, che " *per la validità* delle deliberazioni del consiglio di famiglia " *si richiede la convocazione di tutti i membri di esso* ". Pel resto, quanto al modo in cui tale convocazione debba essere stata fatta, affinchè possa dirsi legalmente avvenuta, e quindi faccia luogo all'esistenza giuridica delle deliberazioni che siano prese da alcuni soltanto dei membri del consiglio di famiglia, nel numero però prescritto dalla legge, non abbiamo che a riferirci a ciò che in altro luogo dimostrammo (1).

Se poi anche tutti i membri del consiglio fossero stati legalmente convocati, ma non fossero intervenuti in numero sufficiente per deliberare, a norma dell'art. 258, il voto che i presenti in numero non legale avessero dato non sarebbe ancora quale la legge lo suppone per attribuirgli autorità decisiva per gl'interessi del minore. Anche qui dunque la deliberazione sarebbe viziata nella sua

(1) V. sopra, n. 65, pag. 239 e seg.

essenza; e perciò dovrebb'essere considerata come inesistente giuridicamente.

Dimostrammo altrove che la costituzione stessa del consiglio di famiglia deve considerarsi come inesistente giuridicamente, quando esso non sia formato e presieduto dal pretore (1).

Per identica ragione dovrebbero considerarsi come inesistenti in diritto quelle deliberazioni, nelle quali il pretore non avesse preso parte effettiva dando il proprio voto, quantunque da lui fosse stata ordinata la convocazione, ed egli fosse anche stato presente all'adunanza. L'astensione dal voto equivarrebbe infatti all'assenza, quanto alla deliberazione a cui il pretore presidente si fosse così tenuto estraneo.

In fine, se la deliberazione non fosse stata presa a maggioranza assoluta di voti, o concorrendo in favore il voto preponderante del pretore in caso di parità, è evidente pure che non si avrebbe una risoluzione quale la legge l'ha intesa e voluta; non vi sarebbe ragione perchè la legge stessa attribuisse a quel voto essenzialmente imperfetto l'autorità per decidere degl'interessi del minore; e tale deliberazione dovrebbe quindi essere qualificata anch'essa come *inesistente giuridicamente.*

97. Passiamo ora all'altra parte della distinzione che abbiamo richiamata: a quella, cioè, che riguarda la semplice *annullabilità* delle risoluzioni prese dal consiglio di famiglia o di tutela, per vizii di forma nella convocazione o nella deliberazione.

Supponendo che non si tratti di forme per la cui inosservanza la deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela abbia a riguardarsi come inesistente giuridicamente, il determinare quando il difetto di altre forme faccia luogo almeno all'annullabilità della deliberazione dipende da

(1) V. sopra, n. 79, pag. 301 e seg.

quello stesso principio col quale vedemmo risolversi una questione simile in ordine al caso in cui il vizio di forma, pel quale la deliberazione sia impugnata, riguardi la incompetenza o l'irregolare composizione del consiglio (1). La ragione di decidere è infatti la stessa. Che importa se il difetto di forma consista nella incompetenza o irregolare costituzione del consiglio, o piuttosto nel modo che fu tenuto nella convocazione o nella deliberazione? Supponiamo sempre, sì nell'un caso come nell'altro, che non manchi ciò che è di essenza dell'atto del consiglio; e d'altro lato nè per l'un caso nè per l'altro vi siano disposizioni di legge che stabiliscano cause di *nullità testuale*. La disputa è dunque ristretta in ambedue le ipotesi a riconoscere se vi sia *nullità virtuale*. E quanto a ciò, la regola da seguirsi è sempre una sola; non potersi ammettere *nullità virtuale*, se non desumendola dallo spirito della legge, della quale non sia conseguibile lo scopo speciale da essa avuto in mira, senza l'osservanza di quelle particolari disposizioni di cui si accusa la violazione. Ora anche qui è da ripetere, che la protezione degl'interessi del minore è l'unico scopo delle disposizioni della legge in questa materia; e che conseguentemente dovrà considerarsi come causa di nullità l'inadempimento delle forme non essenziali, prescritte per la convocazione e deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, solamente quando la deliberazione presa sia dimostrata dannosa all'interesse del minore, o, quando essendovi intervenuto dolo o frode, risulti da ciò stesso che il minore non abbia fruito di quelle guarentie che la legge voleva assicurargli. Tale è il principio professato dalla dottrina (2). L'applicazione di esso può però in taluni casi presentare qualche difficoltà.

Supponiamo che, il minore avendo compiuti i sedici anni, fosse stata presa una deliberazione del consiglio di

(1) V. sopra, n. 93, pag. 382, 383.

2) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, n, 20; Laurent, t. IV, n. 477, 478.

famiglia, senzachè la riunione di questo fosse stata notificata al minore stesso, acciocchè potesse esercitare il diritto di assistere all'adunanza, in conformità del disposto dell'art. 251, § u° cod. civ. Sarebbe per tal causa annullabile la deliberazione del consiglio? A chi opponesse l'art. 258, che per la validità delle deliberazioni del consiglio richiede soltanto *la convocazione di tutti i membri di esso*, sarebbe facile il rispondere: che la convocazione di tutti i membri del consiglio è una condizione *di essenza*, la cui inosservanza produrrebbe perciò l'*assoluta inesistenza* giuridica della deliberazione che venisse presa; che qui invece si fa questione di semplice *annullabilità*, e l'essere adempito ciò che è indispensabile per l'esistenza giuridica della deliberazione non esclude che possa esservi ragione sufficiente per ammettere una nullità virtuale, derivante dall'inadempimento della diversa formalità prescritta dall'art. 251, § u°. A chi obbiettasse che il minore è autorizzato da questa disposizione ad una semplice assistenza *senza voto deliberativo*, e che perciò il non essere stata notificata a lui la riunione del consiglio non può aver prodotto un danno effettivo nella deliberazione, sarebbe pure ovvia la risposta: che l'assistenza del minore alle adunanze, quantunque senza voto deliberativo, ha per iscopo, fra l'altro, di dargli opportunità di poter far valere davanti al consiglio quelle ragioni ch'egli reputi del proprio interesse; e niuno potrebbe affermare che l'assenza del minore, per mancata notificazione a lui della riunione, non abbia lasciato luogo ad una deliberazione che l'intervento di lui avrebbe potuto impedire. Sembra pertanto che quando la deliberazione presa dal consiglio fosse dimostrata realmente dannosa agli interessi del minore, o quando fosse provato che per dolo o frode si fosse impedito che giungesse a lui la notificazione della riunione, questo inadempimento del disposto dall'ultimo paragrafo dell'articolo 251 potrebbe dar luogo all'annullamento della deliberazione.

Supponiamo ora un altro caso. Uno dei membri del consiglio avendo interesse personale in una deliberazione, a cui il consiglio stesso era chiamato, non si è però astenuto dal prendervi parte, come gliene ingiungeva obbligo l'art. 259, ed ha anche dato il proprio voto nella deliberazione stessa. Sarà questa annullabile per tale causa? Non sapremmo dubitarne; sempre quando sia provato che la deliberazione sia stata realmente contraria agl'interessi del minore. Chi potrebbe asserire che l'intervento e il voto del consulente interessato non abbia influito a farla adottare? E posto ciò, non è forse evidente che l'osservanza di questa disposizione della legge, che imponeva l'astensione dell'interessato, era necessaria per lo scopo che la legge si propone di garantire l'interesse del minore? Se dunque è provato d'altra parte che questo interesse del minore fu leso dalla presa deliberazione, non apparisce ragione per mantenerne la validità.

Supponiamo, da ultimo, che essendo stata presa una deliberazione non unanime, siasi omesso d'inserire nel processo verbale la menzione dell'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia, come prescrive l'articolo 260, § 1. Sarà nulla perciò la deliberazione, qualora, ben s'intende, si provi ch'essa era contraria all'interesse del minore? Notiamo, prima di tutto, che questa stessa supposizione, necessaria a farsi — perchè altrimenti non sarebbe allegabile la nullità per vizio di forma, secondo il principio fondamentale che abbiamo richiamato sopra — renderebbe ammissibile il ricorso onde impedire l'eseguimento della deliberazione, che non fu presa all'unanimità, per un'altra causa, impugnando cioè quella deliberazione nel merito. Non fu adempita la prescrizione di legge, che voleva la *menzione nel processo verbale dell'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia*. Ma quale fosse lo scopo di questa disposizione già lo abbiamo veduto; era di far constare per un atto ufficiale quali fossero i consulenti, che, essendo intervenuti all'adunanza ed avendo

votato contro la deliberazione presa dalla maggioranza, potessero poi impugnare davanti al tribunale la deliberazione stessa, come contraria all'interesse del minore (1). Or questo scopo diviene forse impossibile ad ottenersi, perchè quella disposizione di legge non sia stata osservata? Sembra evidente il contrario. Sappiamo che il tutore, il protutore, ed il curatore pel minore emancipato, possono impugnare le deliberazioni non unanimi del consiglio di famiglia o di tutela, quand'anche non siano intervenuti all'adunanza, od intervenutivi abbiano votato colla maggioranza (2). Che importa dunque rispetto a loro che nel processo verbale sia fatta, o no, menzione di quelli che hanno votato pro o contro? La importanza di ciò sarebbe ristretta unicamente *ai consulenti;* i quali, secondo la nostra legge, non hanno facoltà d'impugnare nel merito una deliberazione presa dal consiglio a maggioranza di voti, se non quando siano intervenuti alla seduta ed abbiano votato colla minoranza. Ma anche per loro l'adempimento di quella disposizione dell'art. 260, § 1, se è senza dubbio utile, non è però essenziale; chè quando pure la circostanza d'aver essi votato contro la deliberazione che impugnano non risultasse dal processo verbale, potrebbero però somministrarne la prova con altri mezzi: ed a questa condizione crediamo che il ricorso da essi promosso sarebbe tuttavia ammissibile. Conchiudiamo pertanto che se dal processo verbale di adunanza consti che una deliberazione fu presa a maggioranza di voti, ma non vi si trovi indicata l'opinione di ciascuno dei membri del consiglio di famiglia, quella deliberazione, se sia contraria all'interesse del minore, potrà essere impugnata nel merito dal tutore, dal protutore, e dal curatore, e sembra che potrà esserlo anche da quelli tra i consulenti che provino di aver votato colla minoranza; ma la causa dell'annulla-

(1) V. sopra, n. 72, pag. 270 e seg.
(2) V. sopra, n. 87, pag. 353 e seg.

zione non potrebbe trovarsi nella mancanza di menzione delle opinioni individuali dei membri del consiglio e nella conseguente violazione dell'art. 260, § 1 cod. civile.

98. Per esaurire questo speciale argomento resta di stabilire da chi, contro chi, entro qual tempo, in quali forme, e con quali effetti possa essere promosso il ricorso, con cui s'impugni una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, allo scopo d'impedirne l'eseguimento, fondandosi sopra vizii di forma nella convocazione o nella deliberazione. Ma intorno a tutto ciò non abbiam bisogno che di riferirci a quanto abbiamo già detto e dimostrato rispondendo a simili quesiti in ordine all'impugnazione che si faccia d'una deliberazione del consiglio a cagione dell'incompetenza o della irregolare costituzione di esso (1). L'analogia tra i due casi non potrebb'essere più intima, l'identità di motivi non potrebb'essere più evidente; poichè non solo si tratta sempre, tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi, d'impugnare una deliberazione del consiglio per opporsi all'esecuzione di essa, ma d'impugnarla per un vizio estrinseco di forma, del quale è differente soltanto la causa speciale. Ora quale influenza potrebbe aver mai codesta circostanza sulla determinazione delle persone che possano essere attrici o convenute nel ricorso, sul tempo e sulla forma in cui questo debba essere promosso, sugli effetti che possano derivarne?

Quanto alle persone, le quali possano proporre il ricorso, riteniamo dunque che saranno anche qui il tutore, il protutore, il curatore, i membri del consiglio che siano intervenuti all'adunanza ed abbiano votato contro la deliberazione presa dalla maggioranza, ed il ministero pubblico. Riteniamo pure che anche terze persone, aventi un interesse legittimo, potrebbero opporsi all'eseguimento della deliberazione irregolare nella forma, qualora tale esegui-

(1) V. sopra, n. 94, 95, pag. 387 e segg.

mento le esponesse a subire una lesione dei loro diritti: in ispecie quando il tutore esercitasse contro di loro una azione giudiziale valendosi d'un'autorizzazione irregolare.

Il ricorso dovrà essere introdotto in contraddittorio di quei membri del consiglio che abbiano votato la deliberazione impugnata.

Potrà essere presentato utilmente tale ricorso in qualunque tempo, purchè *prima che la deliberazione sia eseguita*.

Le forme da osservarsi saranno quelle stesse stabilite negli art. 260 cod. civ. ed 815 proc. civile.

Qualora il ricorso sia ammesso, l'effetto ne sarà l'annullamento della deliberazione; con che sarà ottenuto lo scopo d'impedire che venga eseguita.

99. III. — Fin qui parlammo dei casi in cui s'impugnasse una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela innanzi che fosse eseguita, ed allo scopo appunto di opporsi all'attuazione di essa. Ora supponiamo invece una deliberazione già eseguita, ed un attacco diretto contro l'atto o il contratto che ne fu conseguenza.

Dell'ammissibilità, in massima, d'una tale impugnazione non è possibile dubitare. O la deliberazione, che si è concretata in quell'atto o in quel contratto, fosse *inesistente* giuridicamente, o fosse soltanto *annullabile*, è troppo evidente che il medesimo vizio deve comunicarsi di necessità all'atto o al contratto predetto. Essendo inesistente o annullabile la deliberazione, in virtù della quale soltanto esso avrebbe potuto prender vita ed efficacia giuridica, è chiaro che anche quest'atto o contratto debba considerarsi come inesistente o come annullabile, al pari di quella risoluzione del consiglio dalla quale deriva e di cui non è che l'attuazione. D'altronde le regole stabilite dalla legge circa la sede e la composizione del consiglio di famiglia o di tutela, circa le forme da osservarsi nella convocazione e nelle deliberazioni di esso, non otterrebbero completa-

mente lo scopo, a cui sono dirette, di proteggere efficacemente gl'interessi del minore, se non ostante la loro inosservanza gli atti che fossero stati compiuti in eseguimento di tali deliberazioni fossero inattaccabili da parte del minore stesso o di chi lo rappresenta.

Tutto questo però serve anche per sè stesso a dimostrare che non basterebbe l'essersi verificata una qualunque irregolarità nella deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, perchè l'atto od il contratto che ne fosse seguìto divenisse impugnabile. Se la deliberazione, quantunque irregolare, è valida, dev'esserlo similmente l'atto che in virtù di essa è stato compiuto. Ciò è quanto dire che le regole dalle quali vedemmo determinarsi i casi in cui una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela deve considerarsi come inesistente o come annullabile, servono parimente a stabilire quando sia impugnabile come inesistente o come nullo l'atto o il contratto, che in esecuzione di quella deliberazione sia stato compiuto. E tale massima va applicata indifferentemente, sia quando l'inesistenza o la nullità della deliberazione del consiglio dipenda da cause relative alla incompetenza od alla irregolare costituzione di esso, sia quando dipenda da difetto di forme nella convocazione o nella deliberazione. Ond'è che in ordine ai principii, colla scorta dei quali si possa riconoscere quando un atto fatto in virtù di una deliberazione irregolare possa essere impugnato come inesistente in diritto o come soltanto annullabile, non abbiamo che a riferirci alle dimostrazioni precedenti (1).

Abbiamo però supposto sempre che l'annullabilità della deliberazione eseguita derivasse da *vizii di forma*. Nè infatti potrebb'essere altrimenti. Chè sebbene una deliberazione valida per la forma possa tuttavia, secondo gli art. 260, § 2 cod. civ. ed 815 proc. civ., essere impugnata *nel merito*, qualora non sia stata presa all'unanimità; se

(1) V. sopra, n. 93, 96, 97, pag. 382, 401, 404 e segg.

però tale ricorso non sia stato promosso dalle persone a cui i ricordati articoli ne davano facoltà, e la deliberazione sia stata eseguita, non è poi ammissibile l'impugnazione dell'atto o del contratto che sia stato compiuto in conseguenza di quella deliberazione, neppure quando si potesse dimostrare che l'atto o il contratto medesimo fosse veramente contrario all'interesse del minore. È chiaro che una massima opposta non lascierebbe più alcuna sicurezza ai terzi; i quali contrattando con chi rappresenta il minore, in base d'una deliberazione del consiglio valida per la forma, non debbono indagare se poi essa sia utile o dannosa al minore, e spesso sarebbero nella impossibilità di assicurarsene. Una tale incertezza, a cui rimanessero esposti i terzi, li allontanerebbe dal contrattare, e si volgerebbe quindi in ultimo a danno del minore stesso. Perciò appunto è dichiarato nell'art. 1304 del nostro codice che “ gli atti compiuti nel modo voluto dalla legge nell'interesse di un minore... hanno la forza che avrebbero se fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace „; e nell'articolo 1308 che “ l'azione di rescissione per causa di *lesione* non si può proporre, *ancorchè si tratti di minori*, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse nella legge „.

È certa dunque la massima già altrove enunciata: che una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela non può essere impugnata *allo scopo di far annullare un atto od un contratto, che sia stato compiuto in eseguimento di essa*, se non per causa di vizii di forma, non mai *nel merito*, attaccandola cioè come contraria all'interesse del minore (1). A quella massima non potrebbe farsi che una sola eccezione: pel caso in cui l'esecuzione stessa della deliberazione del consiglio fosse stata fatta con *frode*, della quale fosse stato partecipe il terzo contraente (2).

(1) V. sopra, n. 77, pag. 298.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, nota 36; Laurent, t. IV, n. 490.

100. Proponendoci ora di stabilire a quali persone possa competere l'azione per far annullare atti compiuti in esecuzione d'irregolari deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, e contro chi tale azione possa essere esercitata, dobbiamo ricorrere di nuovo alla distinzione tante volte richiamata tra l'inesistenza giuridica e la semplice annullabilità degli atti. La deliberazione del consiglio doveva considerarsi come inesistente in diritto, sia per illegalità nella costituzione medesima di esso, sia per vizii di forma nella convocazione o nella deliberazione stessa? E allora tutto ciò che è stato fatto in conseguenza di tale deliberazione deve riguardarsi parimente come non avvenuto; ed ogni persona, a cui simili atti venissero opposti come produttivi di un effetto giuridico qual che si fosse potrebbe giovarsi di questo mezzo di difesa contro chiunque invocasse in qualunque tempo i pretesi effetti degli atti predetti; fosse anche il minore stesso. Ciò non è che la conseguenza comune della inesistenza giuridica d'un atto qual si sia.

Non può dirsi altrettanto pel caso in cui si tratti di semplice annullabilità. Potrà allora invocarsi per analogia la regola scritta negli art. 260, § 2, del codice civile ed 815 del codice di proc. civile, cioè potranno esercitare l'azione di nullità il tutore, il protutore, il curatore, i membri del consiglio intervenuti all'adunanza e che abbiano dato voto contrario alla deliberazione, e in fine il ministero pubblico? È facile a comprendersi che tra i due casi vera analogia non esiste. Gli articoli citati riguardano al ricorso che voglia farsi contro una deliberazione del consiglio per impedire che venga eseguita; ed allora è naturale che la facoltà di tale ricorso sia data non solo al tutore, a cui spetta la vera, ordinaria e generale rappresentanza del minore in tutti gli atti della vita civile, ma anche al protutore e al curatore per una straordinaria attribuzione data ad essi dalla legge per tale specialità; anche ai membri del consiglio dissenzienti, per l'interesse

morale ch'essi hanno a propugnare e far prevalere il loro voto, che reputano conforme alla utilità del minore. Tutto ciò è naturale, dicemmo, quando si tratta d'impugnare una deliberazione che non ha ancora avuto eseguimento, e appunto per impedirlo, dacchè si reputa ch'esso tornerebbe a danno del tutelato. Ma qui siamo in tutt'altro caso. Si tratta d'una deliberazione già eseguita, e lo scopo diretto dell'azione è l'annullamento dell'atto o del contratto ch'è stato compiuto in conseguenza. L'impugnarsi la deliberazione è, più che altro, *il mezzo* per conseguire un tale scopo. Ora gli effetti di questo atto o contratto, che si tende a far annullare, appartengono oramai al patrimonio del minore; epperò solo a lui stesso, giunto che sia a stato di capacità, o, durante la sua incapacità, a chi ha qualità per mandato di legge a rappresentarlo in tutti gl'interessi suoi patrimoniali, può appartenere l'esercizio di quell'azione. Non è dunque da parlare del *protutore* — salvo che egli supplisse al tutore nei casi previsti dall'art. 266 — nè del curatore, nè degli altri membri del consiglio, nè del ministero pubblico. L'azione per impugnare gli atti, fatti in esecuzione di deliberazioni annullabili del consiglio di famiglia o di tutela, non può essere esercitata che dal minore stesso divenuto maggiore, o durante la sua minorità dal tutore di lui. Ed è parimente da escludere, in generale, che tale azione possa essere esercitata da *terze persone*. L'interesse ch'esse avessero alla dichiarazione di nullità degli atti compiuti in nome del minore basterebbe a giustificare l'esercizio della corrispondente azione da parte loro, quando si trattasse di *nullità assoluta*. Ma al contrario quella nullità, che dipende da inosservanza delle regole e forme stabilite dalla legge nell'interesse degl'incapaci, è essenzialmente *relativa*, e non può quindi essere opposta che da loro medesimi o da chi legittimamente li rappresenti (art. 1107 cod. civile). I terzi aventi interesse non potrebbero dunque impugnare gli atti fatti in virtù di deliberazioni irregolari del consiglio di famiglia o di tutela,

allegando la nullità di queste deliberazioni, se non quando tale nullità fosse dalla legge dichiarata eccezionalmente *assoluta*. E un caso di questa specialità s'incontra nel nostro codice relativamente alle donazioni, fatte ad un minore soggetto a tutela; le quali devono essere accettate dal tutore autorizzato dal consiglio di famiglia (art. 296, 1059 cod. civ.) e in difetto di ciò " la nullità della dona- " zione può essere opposta *anche dal donante, dai suoi* " *eredi od aventi causa* „ (art. 1061 codice civile). Ecco dunque delle *terze persone*, che in questo caso particolare possono impugnare l'atto di accettazione della liberalità fatto nell'interesse del minore, allegando la nullità della deliberazione con cui il consiglio di famiglia aveva autorizzato quell'accettazione, e ciò perchè tale nullità non fu riguardata dalla legge, nella specialità di questo caso, come puramente *relativa*, quale sarebbe secondo i principii generali; perchè la regolare autorizzazione del consiglio di famiglia per accettare la liberalità fatta al minore fu considerata come elemento integrante di quelle solennità che sono di essenza della donazione (1).

Neppur quanto alle persone contro le quali possa essere esercitata l'azione, con cui s'impugnino gli atti fatti in virtù di deliberazioni irregolari del consiglio di famiglia o di tutela, sono applicabili le regole che abbiamo dimostrate rispetto al ricorso diretto contro le deliberazioni stesse per impedire che siano eseguite. Dicemmo che tale ricorso si promuove contro i membri del consiglio dai quali fu votata la deliberazione impugnata, perchè sono essi che hanno interesse morale a sostenerla ed a rimuovere l'opposizione che altri fa a quell'esecuzione che reputano vantaggiosa al minore. Ma questa ragione scomparisce, naturalmente, allorchè non si tratta d'un ricorso tendente ad impedire l'eseguimento della deliberazione, ma di una azione diretta a far annullare l'atto o il contratto che in

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, note 40, 41; Laurent, t. IV, n. 491, 492.

virtù di quella fu compiuto. Chi ha interesse a contestare quell'azione è allora evidentemente ed unicamente colui al quale giova che l'atto o il contratto sia mantenuto come valido. L'azione deve dunque necessariamente dirigersi *contro i terzi interessati negli effetti dell'atto o del contratto impugnato.*

Non sempre però questi terzi sono passibili d'una tale azione. Il nostro codice ha ammessa in loro favore una eccezione, dichiarando nell'art. 256, § 2, che gli atti del consiglio di famiglia " non si potranno annullare — per " ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione del " consiglio medesimo — *a pregiudizio dei terzi che siano " in buona fede* ".

Si è così convertita in legge — almeno pel caso che la nullità, per cui s'impugnino gli atti deliberati dal consiglio, dipenda da incompetenza o da irregolare costituzione di esso — la massima professata da alcuni autori: " che " l'annullazione di deliberazioni irregolari per la forma, o " pronunziate da un consiglio incompetente o illegalmente " composto, non potesse promuoversi contro terze persone, " colle quali in virtù di quelle deliberazioni fossero stati " conclusi contratti, se non quando si fosse verificato da " parte di questi terzi il *dolo*, od almeno una *colpevole " connivenza* " (1). L'ammettere fuor di questi casi l'azione di nullità sarebbe stato — dicevasi — contrario all'equità rispetto ai terzi, ed insieme pregiudizievole al bene inteso interesse del minore. Sarebbe stato iniquo verso i terzi, i quali, non potendo il più delle volte conoscere le irregolarità commesse nella composizione del consiglio di famiglia, si troverebbero esposti a subire le conseguenze d'una nullità alla quale non potevano ovviare. Sarebbe dannoso al minore stesso, perchè il timore di vedere annullate le contrattazioni, che si facessero in suo nome, allontanerebbe i terzi dal trattare affari con lui.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 96, nota 38.

Altri, riconoscendo buone queste ragioni pel diritto costituendo, osservava però in contrario: che l'azione di nullità, contro gli atti fatti in virtù di deliberazioni irregolari del consiglio, è un diritto spettante al minore per legge; che quindi al legislatore solo spetterebbe di stabilire eccezioni limitative di tale diritto; e che una simile eccezione non trovandosi espressa nel testo del codice francese, non era quindi possibile, per favorire la buona fede dei terzi contraenti, privare del diritto suo il minore (1). Noi abbiamo il testo sopra citato, che, facendo espressamente quella eccezione, si conforma alla equità in favore dei terzi di buona fede, e nello stesso tempo provvede in fondo opportunamente anche al vero interesse del minore, poichè se gli si attribuisse l'azione di nullità anche per questi casi, ciò ridonderebbe più spesso a danno che a vantaggio di lui. Siccome poi la buona fede, per un principio generale di ragione, *si deve presumere* (art. 702 cod. civ.); così sarebbe solo a condizione di *provare la mala fede* dei terzi contraenti, che si potrebbero far annullare in loro pregiudizio gli atti o i contratti compiuti in esecuzione di deliberazioni emanate da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito. Ma quella eccezione è espressa soltanto pel caso che l'annullabilità della deliberazione del consiglio sia *per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione di esso*. Che cosa dovrà dunque ritenersi quando la causa di nullità consista in un difetto di forma della convocazione o della deliberazione d'un consiglio competente e regolarmente composto? A risolvere il dubbio basterebbe forse il considerare, che appunto perchè si tratta d'una eccezione, non è possibile estenderla fuori del caso espressamente contemplato dalla legge. Ma vi è di più: che i motivi stessi, sui quali quella eccezione è fondata, non sono applicabili ai casi in cui la nullità della deliberazione del con-

(1) V. Laurent, t. IV, n. 490, pag. 610.

siglio dipenda da difetti di forma nella convocazione e nella deliberazione di esso. La incompetenza del consiglio, o la irregolare costituzione di esso, non sono cose apparenti dal processo verbale d'una particolare deliberazione, che il consiglio medesimo abbia presa; nè sono tali da poter essere facilmente verificate da qualunque terza persona contratti col rappresentante del minore in base di quella deliberazione; sicchè sarebbe ingiusto se si annullasse in pregiudizio del terzo contraente l'atto a cui egli avesse preso parte in piena buona fede. Ma le irregolarità della convocazione e della deliberazione debbono apparire dal processo verbale, di cui il terzo contraente non ha potuto mancare di prendere cognizione prima di devenire al contratto che su quella deliberazione doveva fondarsi. E se il terzo contraente ha mancato di questa diligenza, che la più ordinaria prudenza nella trattazione dei proprii affari doveva suggerirgli, non ha da imputarlo che a sè stesso; nè certo ha ragione d'invocare in proprio favore la protezione che meritamente si accorda alla buona fede.

È poi più evidente ancora che quando la nullità, per la quale s'impugnassse un atto o un contratto avvenuto tra il rappresentante del minore ed un terzo, non dipendesse da irregolarità di forma della deliberazione, con cui quell'atto o contratto fosse stato autorizzato, ma mancasse affatto quest'autorizzazione, che secondo la legge sarebbe stata necessaria affinchè l'atto o il contratto predetto potesse compiersi validamente in nome del minore; l'inadempimento di tale condizione produrrebbe indubbiamente la nullità, nè il terzo contraente potrebbe mai difendersi allegando la propria buona fede. Il caso cadrebbe allora sotto la regola generale dell'art. 1303, n. 3, del codice civile; a fronte della quale non è ammessa alcuna eccezione in favore dei terzi contraenti di buona fede, nè si sarebbe potuto ammetterne senza mancare allo scopo fondamentale della protezione dovuta agl'incapaci.

101. Osservammo già che nei casi di cui ora trattiamo, l'impugnazione delle deliberazioni del consiglio, sia per incompetenza o irregolare costituzione di esso, sia per difetti di forma nella convocazione o nella deliberazione, non è che il mezzo addotto in appoggio della domanda di annullazione degli atti o dei contratti fatti in virtù delle deliberazioni predette; che l'oggetto vero, diretto e principale dell'azione consiste appunto nel far annullare un atto giuridico avvenuto tra il rappresentante del minore ed un terzo.

Ora l'esercizio dell'azione di nullità contro gli atti o contratti fatti in nome del minore con un terzo, è limitato dalla legge ad un tempo, il cui decorso fa luogo per disposizione eccezionale ad una speciale prescrizione estintiva (art. 1300 cod. civ.). Questo decorso di tempo estinguendo l'azione principale, a cui servirebbe come mezzo l'allegare la nullità della deliberazione del consiglio, renderà dunque irricevibile questa impugnazione stessa. Tale sarebbe il principio regolatore, relativamente al tempo entro cui debba essere promossa la impugnazione delle deliberazioni del consiglio, allo scopo di far annullare gli atti o i contratti avvenuti in virtù di esse.

A questa massima però la legge nostra ha fatto una nuova eccezione per un caso particolare: disponendo, nel già citato articolo 256, § 2, che " *trascorsi sei mesi dal* „ *giorno della prima convocazione*, gli atti del consiglio di " famiglia non si potranno più impugnare *per ragione di* " *incompetenza o d'irregolare sua costituzione* „. Della quale disposizione sono facili a comprendersi i motivi. L'incompetenza o l'irregolare costituzione del consiglio di famiglia o di tutela sono cose che possono facilmente sfuggire alla attenzione e alle indagini — per quanto praticate colla ordinaria diligenza — dei terzi che contrattino col rappresentante del minore in base a deliberazioni prese da quel consiglio. È escluso, è vero, secondo la nostra legislazione, che in danno dei terzi contraenti possano mai annullarsi

per le cause predette gli atti ch'essi abbiano compiuti in buona fede. Ma ciò non ostante rimarrebbero esposti ad un'azione di nullità appoggiata alla pretesa loro mala fede, che la parte attrice si proponesse di provare. Bisognava rassicurarli contro questo pericolo, che avrebbe potuto distoglierli dal contrattare col minore, con danno evidente di quest'ultimo. È ciò che ha fatto il legislatore col fissare un termine, che si è reputato sufficiente — sei mesi — per potere impugnare la costituzione d'un consiglio che sia incompetente o irregolarmente costituito; ma con lo stabilire che spirato quel termine le deliberazioni che il consiglio predetto abbia prese non potranno più essere impugnate per quelle cause, allo scopo di far annullare gli atti o i contratti in cui siano interessate terze persone, neppur allegando che queste fossero in mala fede allorchè contrattarono col tutore.

Ben è chiaro però che parlando di *mala fede* s'intende qui di riferirsi soltanto alla conoscenza, che i terzi avessero al tempo del contratto, della incompetenza od irregolare costituzione del consiglio, che lo aveva autorizzato. Chè se, oltre a ciò, i terzi contrattando si fossero resi complici d'una vera *frode* in danno del minore, il contratto sarebbe annullabile per questa causa, sebbene fossero trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione del consiglio incompetente o irregolarmente costituito; perchè la frode fa sempre eccezione a tutte le regole.

Stabilendo questo breve termine — decorso il quale l'incompetenza o l'irregolare costituzione del consiglio di famiglia, il quale abbia autorizzato un atto od un contratto, non è più considerata come causa sufficiente per potere impugnare l'atto o il contratto medesimo — il nostro articolo 256 ha fatto, senza dubbio, una eccezione ai principii generali. E questa considerazione evidentissima sarebbe già sufficiente per sè sola a dimostrare che una tale disposizione eccezionale non possa estendersi ad altri casi fuor di quello espressamente contemplato nel testo: quello,

cioè, che un atto o contratto, compiuto in virtù di una deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, sia impugnato *per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione di questo*. Inoltre anche per altre ragioni ciò è manifesto in modo da non poterne dubitare. Potrebbero ripetersi in proposito le osservazioni che già abbiam fatte nel numero precedente sull'ultima parte di questo secondo paragrafo dell'art. 256. Quando la nullità d'una deliberazione del consiglio non dipenda da incompetenza o da irregolare costituzione di esso, ma da vizi di forma nella convocazione del consiglio o nella deliberazione medesima, i terzi contraenti hanno potuto essere avvertiti della esistenza di questi vizi dalla ispezione del processo verbale della deliberazione, ch'essi usando la più comune diligenza non potevano pel proprio interesse mancar di consultare. Non vi è dunque in questo rapporto quello speciale motivo di protezione alla presunta buona fede dei terzi, che ha consigliato a vietare l'impugnazione in loro danno degli atti del consiglio di famiglia, *per ragione d'incompetenza o d'irregolare sua costituzione*, dopo che siano trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione. E poi si comprende che dopo sei mesi dalla prima convocazione possano considerarsi come valide rispetto ai terzi, per rassicurarli nelle contrattazioni che facciano col minore, anche le deliberazioni che siano state prese da un consiglio incompetente o irregolarmente costituito: ma non si comprenderebbe che trascorso quel termine si avessero a ritenere sanate anticipatamente ed indistintamente nell'interesse dei terzi contraenti tutte le irregolarità che si potessero commettere nelle convocazioni o deliberazioni future.

L'interpretazione della legge che commentiamo può lasciar luogo a qualche altra, sebbene non grave, difficoltà.

Il decorso dei sei mesi dopo la prima convocazione estingue l'azione di nullità anche per gli atti del consiglio di famiglia che siano stati emanati in quell'intervallo di tempo, o la toglie solo per quelli che siano stati fatti poste-

riormente? La generalità stessa del testo è per sè sufficiente a risolvere il dubbio. Trascorsi sei mesi dal giorno della prima convocazione diventa irricevibile qualunque azione di nullità contro gli atti del consiglio di famiglia, che s'impugnino per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione del consiglio medesimo. Limitando la massima agli atti che il consiglio avesse emanati dopo trascorsi i sei mesi s'introdurrebbe nella legge una distinzione ch'essa non fa; e ciò sarebbe arbitrario, ed opposto ai più elementari principii sulla interpretazione delle leggi. D'altronde anche per le deliberazioni, che il consiglio abbia prese entro i sei mesi dalla sua prima convocazione, vi è bastante motivo per giustificare che dopo trascorso quel tempo diventi irricevibile l'azione di nullità contro gli atti che terze persone abbiano fatti in virtù di quelle deliberazioni; o li abbiano fatti entro il periodo medesimo di sei mesi, o posteriormente. La massima contraria accrescendo i pericoli, a cui si esporrebbero i terzi contrattando col minore, li dissuaderebbe dal devenirvi, e riuscirebbe quindi di danno a quei medesimi interessi del minore che si ha per fine di proteggere. Concludiamo dunque, che decorso il termine di sei mesi dopo la prima convocazione, nessuna deliberazione del consiglio può essere impugnata per ragione d'incompetenza o d'irregolare costituzione di esso, allo scopo di far annullare gli atti o i contratti che in virtù di tali deliberazioni siano stati fatti con terze persone; nè importa che si tratti di deliberazioni prese dal consiglio dopo trascorsi quei sei mesi, o prese in quell'intervallo ma eseguite dopo, od eseguite anche nel corso dei sei mesi ma non impugnate che dopo il decorso di questo termine.

Se entro il periodo dei sei mesi fosse stata direttamente impugnata la irregolare costituzione del consiglio, facendolo ricomporre a norma di legge, potrebbero poi impugnarsi, anche dopo decorso il predetto termine, le deliberazioni che quel consiglio avesse prese e gli atti compiuti in esecuzione di esse? Basterà in proposito rammentare la

distinzione, che altra volta dimostrammo, tra queste due specie di azioni (1). Si può attaccare la illegittima costituzione del consiglio per farlo regolarizzare, e tuttavia lasciar sussistere nella piena loro efficacia le deliberazioni che quel consiglio abbia pronunziate, se ciò torni più utile al minore. Per la stessa ragione l'essersi impugnata, entro il termine dei sei mesi dopo la prima convocazione del consiglio, la costituzione stessa di esso, non potrà alterare menomamente le condizioni, che la legge ha prefisse per l'esercizio dell'altra e distinta azione, avente per oggetto l'annullamento degli atti del consiglio di famiglia incompetente o irregolarmente costituito. E quando sia trascorso il ricordato termine di sei mesi, senzachè quest'ultima azione sia stata promossa, essa diverrà irricevibile, pel disposto dall'articolo 256, § 2; non ostante che prima del compimento di quel termine fosse stata introdotta la domanda per la ricomposizione del consiglio a norma di legge.

Il tempo dei sei mesi, stabilito dal predetto art. 256, § 2, è da considerarsi come un semplice *termine di decadenza*, o come una *vera prescrizione?* È certo che quel tempo *corre contro il minore;* come risulta evidentissimamente dal testo stesso di cui parliamo. Ora è questo appunto il carattere, che contraddistingue il semplice termine dalla prescrizione; della quale è connaturale che il corso ne rimanga in sospeso a fronte delle persone incapaci (art. 2120 cod. civile). Si tratta dunque veramente di un *semplice termine*, a cui non sono applicabili le regole proprie della prescrizione.

Sopra tutto ciò che dicemmo finora, intorno alla interpretazione dell'art. 256, § 2, importa però tener sempre presente, che quella disposizione riguarda unicamente l'azione che si volesse promuovere, impugnando le deliberazioni del consiglio di famiglia incompetente o irregolar-

(1) V. sopra, n. 82, pag. 330-331.

mente composto, per far annullare gli atti o i contratti che in virtù di quelle deliberazioni fossero stati compiuti. Ma sappiamo che se la incompetenza del consiglio non dà mai luogo che all'annullabilità delle deliberazioni di esso, all'opposto l'irregolare sua costituzione può esser causa talvolta di assoluta *inesistenza giuridica* delle deliberazioni dal consiglio emanate (1). E in quest'ultimo caso è fuor di dubbio che non potrebbesi ritenere applicabile la disposizione del predetto art. 256, § 2; perciocchè è carattere costante e indeclinabile della inesistenza giuridica degli atti l'esser essa opponibile *in qualunque tempo*, da chiunque contro cui si pretendesse di far valere, per qual che si fosse effetto legale, quegli atti inesistenti.

Se dunque la irregolarità della costituzione del consiglio fosse tale da farlo considerare come inesistente giuridicamente, i terzi, che avessero contrattato col rappresentante del minore in base di deliberazioni prese da quel consiglio, non potrebbero certamente sostenere come irrepugnabile il loro contratto perchè fossero trascorsi sei mesi dopo la prima convocazione del consiglio stesso.

Quando gli atti fatti in virtù di deliberazioni irregolari del consiglio possano essere impugnati, secondo le norme che abbiamo fin qui dimostrate, la forma da seguirsi nell'esercizio dell'azione è la ordinaria; nè possono applicarsi le disposizioni recate in via di eccezione dall'art. 815 del codice di proc. civile.

Quando poi fosse fatta ragione all'istanza, ne sarebbe effetto l'annullazione dell'atto o del contratto compiuto in virtù della deliberazione del consiglio; sicchè quell'atto o contratto avrebbesi a considerare come non mai avvenuto.

(1) V. sopra, 79, 93, pag. 301-304, 382, 383.

§ IV. *Della responsabilità individuale delle persone componenti il consiglio di famiglia o di tutela.*

Sommario. — 102. Se e quale responsabilità spetti ai membri del consiglio di famiglia o di tutela, pei danni derivabili al minore dall'eseguimento delle deliberazioni del consiglio stesso; e con quali norme tale responsabilità possa essere determinata.

102. Il codice non contiene disposizioni con cui sia stabilita e regolata la responsabilità individuale dei membri del consiglio di famiglia o di tutela per le deliberazioni alle quali abbiano partecipato col loro voto, e che siano riuscite colla loro esecuzione a danno del minore. Dobbiamo conchiudere da ciò che una tale responsabilità non esista?

Il codice Francese serbava pure il silenzio su questo argomento; e nondimeno la dottrina era concorde nel ritenere che i membri del consiglio di famiglia potessero esser tenuti responsabili delle conseguenze degli atti da essi deliberati, qualora avessero commesso dolo, od anche una colpa così grave che confinasse col dolo; e citavano ad esempio i casi in cui il consiglio avesse nominato un tutore notoriamente incapace o insolvibile, od avesse autorizzata la vendita di beni immobili del minore senza assoluta necessità, nè utilità manifesta (1). Questa teoria fu intieramente accettata da qualcuno dei nostri scrittori (2). Altri distinse se le deliberazioni del consiglio riguardino materie che vadano poi soggette in via contenziosa al giudizio del tribunale, come nei casi contemplati dagli articoli 271 e 275 cod. civ., oppure riguardino affari dell'amministrazione tutelare; sostenendo che nel primo caso il voto dato non impegni la responsabilità personale dei membri del consiglio, neppure per le spese del giudizio, eccetto che abbiano agito con *dolo;* nel secondo caso invece i membri

(1) V. Proudhon, t. II, c. IX, s. VII; Duranton, t. III, n. 473; Demolombe, t. VII, n. 352; Aubry et Rau, t. I, § 97, n. 2.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, I, n. 581.

del consiglio, i quali abbiano votata una deliberazione riuscita al minore di danno, ne debbano il risarcimento, sebbene non sia ad essi imputabile nè dolo nè colpa grave, salvo che sia intervenuta l'omologazione del tribunale, la quale basterebbe a liberarli d'ogni responsabilità (1).

Importa, prima di tutto, stabilire esattamente quale sia il fondamento che si possa assegnare in diritto alla responsabilità dei membri del consiglio di famiglia o di tutela, pei danni derivabili dall'eseguimento delle deliberazioni a cui essi abbiano concorso. Alcuni degli autori francesi, che abbiamo sopra citati, farebbero derivare tale responsabilità dai principii relativi ai *delitti* e *quasi-delitti* (articoli 1151, 1152 cod. civ.). E sta veramente che le regole di questi articoli sono applicabili, in massima, anche ai funzionari pubblici per le colpe da essi commesse, non eseguendo che in modo irregolare le obbligazioni legali ad essi imposte. Ma questa spiegazione, che varrebbe completamente a giustificare la responsabilità dei membri del consiglio pel caso di *dolo* — in cui, avendo agito colla intenzione di nuocere al minore, si sarebbero resi colpevoli di un *delitto* nel senso civile — non corrisponderebbe più alla massima insegnata da quegli autori quando si trattasse di semplice *quasi-delitto;* di un atto, cioè, dannoso al minore, ma in cui i membri del consiglio deliberanti non avessero avuta l'intenzione di nuocergli. È certo infatti che il quasi-delitto rende responsabile chi n'è autore, pel danno che ne è derivato, qualunque sia la negligenza che gli sia imputabile; ed è appunto per far risultare un tale principio, che alla disposizione dell'articolo 1151 è aggiunta quella dell'articolo 1152, che a primo aspetto potrebbe apparire come una inutile ripetizione della prima. Ammettendo che i membri del consiglio di famiglia, i quali abbiano votata non dolosamente una deliberazione dannosa al minore, ne siano responsabili per *quasi-delitto*, a norma

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 258-260, § 583, 6°, pag. 923, 924.

dell'articolo 1152, come potrà dunque sostenersi ch'essi abbiano a risarcire il danno solamente quando sia loro imputabile una *colpa così grave da potersi equiparare al dolo*, mentre secondo quell'articolo l'autore del quasi-delitto è responsabile di qualunque colpa anche la più lieve?

Altri perciò ricorrono ad una diversa idea; e dicono che i membri del consiglio debbono rispondere delle conseguenze dannose delle loro deliberazioni, come *mandatari legali;* che avendo male eseguito il mandato, sono responsabili non solamente pel dolo, ma anche per la *colpa*, salvo che di questa debbono essere tenuti meno rigorosamente essendo *gratuito* il mandato da essi esercitato (art. 1746 codice civile). È da osservare per altro che tale disposizione riguarda veramente il *mandato convenzionale*, di cui non si tratta nella presente questione. Anzi, a rigore, non si potrebbero forse riscontrare qui neppure gli estremi di un vero mandato legale. Il mandato, o derivi dal contratto o dalla legge, suppone sempre essenzialmente che ad una persona sia conferito il potere di rappresentarne un'altra, compiendo in nome e per conto di questa uno o più atti giuridici. In questo senso è un mandatario legale il tutore, poichè gli è attribuito il potere di rappresentare il minore in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni. Ma all'opposto il consiglio di famiglia o di tutela non ha la rappresentanza giuridica della persona del minore; non ha neppure alcun potere esecutivo, epperò nessun affare del minore è compiuto dal consiglio in nome e per conto del minore stesso. Gli uffici del consiglio sono ristretti rigorosamente a quelli d'un corpo deliberante, a cui è commesso di esercitare la sorveglianza e la direzione superiore della gestione tutoria, prendendo sui più importanti affari di essa quelle risoluzioni che reputi convenienti, e che spetta poi ad altri di eseguire in nome e per conto del minore. Il dire adunque che le persone componenti il consiglio di famiglia o di tutela siano rivestite d'un *mandato legale*

potrà esser vero, intendendo queste parole nel senso generico, che le predette persone esercitando l'ufficio loro adempiscono un ordine, che vien dato ad esse dalla legge; ma non può essere esatto se ciò s'intende nel senso specifico, che l'ufficio dei membri del consiglio abbia i caratteri giuridici veri e proprii d'un mandato ordinario. Posto ciò, è poi ovvio il dedurne che le norme particolari del mandato, e fra esse quelle riguardanti la responsabilità del mandatario, non siano applicabili alle persone facienti parte del consiglio di famiglia o di tutela. Inoltre, se anche potesse ammettersi che la disposizione del citato art. 1746 fosse applicabile al caso, essa però non condurrebbe neppure alla conclusione che la mala esecuzione del mandato impegnasse la responsabilità del mandatario legale solamente quando gli fosse imputabile una così grave colpa da doversi eguagliare al dolo. Tra gl'interpreti vi è bensì disaccordo intorno al modo d'intendere la massima riferita nel citato articolo 1746 del nostro codice. Vi è chi la interpreta nel senso che debba essere *maggiore il grado della colpa* nel mandatario gratuito; e chi la spiega nell'altro senso che, dovendosi pur sempre misurare la colpa in relazione all'ordinaria diligenza che sarebbe stata usata da un *buon padre di famiglia* (art. 1224 cod. civile), sia soltanto da limitarsi in favore del mandatario gratuito la *quantità del risarcimento* pel danno derivato dalla colpa sua. Ma nessuno ha mai ritenuto che in forza della predetta disposizione dell'art. 1746 il mandatario gratuito sia responsabile solamente pel dolo, o per quella colpa lata che confina col dolo.

Senonchè sembra che la teoria in questo argomento possa e debba stabilirsi su tutt'altra base che quella del *quasi-delitto* o quella del *mandato*.

Le obbligazioni possono avere per causa diretta anche *la disposizione della legge* (art. 1097 cod. civ.); ed uno di tali casi è appunto questo, in cui, costituendosi a vantaggio del minore un consiglio di famiglia o di tutela, la legge

impone alle singole persone che ne fanno parte di concorrere col loro voto a quelle risoluzioni che siano necessarie od utili per l'interesse del tutelato. Ora anche delle obbligazioni derivanti dalla legge è effetto, come di tutte le altre, che le persone dalle quali furono contratte *siano tenute ad adempierle esattamente, e in mancanza al risarcimento dei danni* (articolo 1218 cod. civile); anche in quelle obbligazioni, come nelle altre, la diligenza che si deve impiegare pel loro adempimento *è sempre quella di un buon padre di famiglia* (art. 1224 cod. civile). Qual ragione vi è dunque di ricorrere al concetto di un quasi-delitto, od a quello di un mandato? Riteniamo semplicemente che coloro i quali compongono un consiglio di famiglia o di tutela hanno l'obbligazione, derivante dalla legge, di concorrere a regolare la gestione tutoria con quelle risoluzioni che siano necessarie od utili nell'interesse del minore; che nell'adempimento di tale obbligazione debbono prestare la diligenza propria d'un buon padre di famiglia; che in mancanza di ciò, devono rispondere del risarcimento dei danni. È vero che l'articolo 1224 stesso alla regola sopra ricordata fa seguire immediatamente l'avvertenza, che nell'applicarla si dovrà *usare maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi nel codice;* tra i quali casi vi è precisamente quello contemplato nell'articolo 1746 relativamente al mandato. E sebbene ci sia parso dimostrato che di mandato vero e proprio non si tratti nel caso in esame, e che il disposto dell'art. 1746 non sia quindi rigorosamente applicabile; non crediamo però doversi assolutamente escludere che i tribunali nell'apprezzare la colpa imputabile alle persone componenti il consiglio, e nel determinarne conseguentemente la responsabilità, abbiano a prendere in considerazione anche il carattere dell'ufficio esercitato da quelle persone, che è *gratuito*. Nello stabilire la diligenza che doveva essere impiegata nell'adempimento dell'obbligazione, bisogna avere in mente il tipo astratto del buon padre di famiglia; ma questo tipo stesso

dev'essere considerato, non in modo assoluto, sibbene in relazione a quell'ufficio speciale, il cui esercizio costituiva l'obbligazione legale. E in questo aspetto non potrebbe certo essere trascurata la circostanza che si tratta d'un ufficio gratuito; ma non sarà nemmeno dimenticabile dall'altra parte che quell'ufficio, obbligatorio per legge, è considerato come attinente all'ordine pubblico. In ogni controversia di questa natura il magistrato, che debba deciderne, si porrà dunque questa domanda: il convenuto, nell'esercizio delle sue funzioni come membro del consiglio di famiglia o di tutela, ha egli impiegato quella diligenza che qualunque buon padre di famiglia avrebbe usata, avuto riguardo da una parte alla circostanza di trattarsi d'un ufficio gratuito, dall'altra all'essere esso un ufficio reso obbligatorio per ragioni d'interesse anche generale?

Ecco dunque la conchiusione a cui arriveremmo. La responsabilità dei membri del consiglio di famiglia, pei danni arrecati al minore colle deliberazioni alle quali abbiano concorso, non può essere regolata colle norme relative ai quasi-delitti, sicchè tale responsabilità si estenda a qualunque colpa anche la più lieve. Non può essere regolata neppure colla norma stabilita dall'art. 1746 pel mandatario non retribuito. In massima, i membri del consiglio debbono impiegare nell'esercizio del loro ufficio la diligenza di un buon padre di famiglia. Nelle applicazioni particolari sarà opera affidata al prudente criterio dei tribunali il discernere se i membri del consiglio abbiano corrisposto abbastanza a questo loro dovere, tenuto conto dei caratteri speciali dell'ufficio di cui si tratta, siccome da una parte gratuito, dall'altra reso obbligatorio per legge in virtù di considerazioni d'ordine pubblico. Stabilita così la regola fondamentale da seguirsi, non è però sciolta ogni difficoltà che possa incontrarsi nella sua applicazione.

Potranno essere tenuti responsabili i membri del consiglio, non solo per aver essi deliberato che si facessero atti riusciti poi dannosi al minore, ma eziandio per avere

omesso di prendere risoluzioni necessarie od utili nell'interesse di lui?

Potrà derivare la stessa responsabilità tanto da deliberazioni relative ad atti giudiziali, quanto da quelle concernenti atti estragiudiziali?

Sarà indifferente che si tratti di deliberazioni appartenenti al libero potere del consiglio di famiglia o di tutela, o piuttosto di deliberazioni che dovessero essere e fossero state effettivamente omologate dal tribunale?

Colla risposta a tali quesiti chiuderemo la trattazione di questo argomento.

Che la responsabilità individuale dei componenti il consiglio, per le deliberazioni a cui abbiano partecipato, possa verificarsi tanto se in forza di quelle deliberazioni siano stati compiuti atti pregiudizievoli al minore, quanto se con esse sia stato rifiutato di prendere risoluzioni che sarebbero state necessarie od utili pel minore stesso, non sembra ragionevole dubitarne. Da che cosa dipende in fine quella responsabilità? Unicamente dal non avere adempito l'obbligazione di concorrere col proprio voto, nelle deliberazioni di spettanza del consiglio, a regolare la gestione tutoria secondo ciò che era richiesto dall'interesse del minore. Ora è manifesto, che a tale obbligazione potendosi contravvenire tanto ordinando ciò che sia dannoso, quanto opponendosi a ciò che sarebbe necessario o vantaggioso, sì dalla commissione che dalla omissione può dunque derivare responsabilità. Questa però non potrà addursi, generalmente, a carico dei singoli componenti il consiglio, se non per deliberazioni del consiglio medesimo, alle quali essi abbiano preso parte; poichè le loro attribuzioni si restringono appunto ad agire come membri d'un corpo deliberante. L'essere stata omessa una risoluzione necessaria od utile pel minore, perchè il consiglio non fosse stato all'uopo convocato, non impegnerebbe la responsabilità dei singoli membri del consiglio, ma quella soltanto del tutore; il quale avendo la parte esecutiva della gestione,

doveva provvedere al bisogno esercitando il potere, che la legge gli accorda, di richiedere la convocazione del consiglio. Nè pare che ai consulenti potrebbe addossarsi responsabilità, quando pure avendo conoscenza del bisogno di far deliberare il consiglio sopra un determinato oggetto, non avessero fatta istanza per la convocazione; essendo questa una facoltà, che la legge concede ai consulenti, quando due almeno di essi si accordino per presentare quella istanza; ma non è un obbligo che sia loro imposto, sicchè dell'inadempimento possano essere responsabili. Vi è tuttavia un caso, nel quale parrebbe potersi ripetere contro i membri del consiglio il risarcimento del danno derivato dalla assoluta mancanza di ogni deliberazione intorno ad un determinato oggetto; e sarebbe quando il consiglio fosse stato regolarmente convocato, ma il prendere la deliberazione, che sarebbe stata necessaria nell'interesse del minore, si fosse reso impossibile per l'assenza non giustificata delle persone chiamate nel consiglio. Nonostantechè tale assenza sia punita con pena pecuniaria, ciò però non pregiudica al diritto spettante al tutelato, secondo i principii generali, di ripetere il risarcimento del danno, che potesse essere derivato dall'inadempimento dell'obbligazione, che la legge imponeva ai membri del consiglio, di intervenire personalmente all'adunanza a cui erano convocati.

Gli stessi principii generali intorno alla responsabilità individuale dei membri del consiglio, per le deliberazioni a cui abbiano concorso, dovrebbero applicarsi indistintamente, se non erriamo, tanto se quelle deliberazioni avessero avuto per oggetto atti giudiziali, quanto atti estragiudiziali da compiersi per conto e in nome del minore. Nè troveremmo ragione che bastasse per giustificare, nella prima ipotesi, la limitazione della responsabilità delle persone componenti il consiglio al solo caso in cui per *dolo* avessero autorizzato a promuovere in giudizio a nome del minore un'azione mancante d'ogni fondamento. Nel deli-

berare su ciò il consiglio avea forse minore obbligazione di curare l'interesse del tutelato, di quella che ha nelle altre risoluzioni concernenti gli affari della gestione? E se l'obbligazione è la stessa, come potrebbero esserne diverse le conseguenze rispetto alla responsabilità per l'inadempimento di essa? Certo è che dovendosi decidere se vi sia stata colpa abbastanza grave da parte del consiglio nell'impegnare il minore in una contestazione giudiziale, la questione diverrà assai più delicata che per altri affari ordinari; ma ciò riguarda l'apprezzamento, che è tutto affidato al prudente criterio dell'autorità giudicante. Non è però ragione questa per escludere ogni responsabilità per la colpa, e ritenere che solamente il dolo dei membri del consiglio li esponga a dover risarcire i danni. E se fosse chiaro, nelle circostanze del caso, che il consiglio per una leggerezza inescusabile, per una colpevole noncuranza degli interessi che gli erano affidati, avesse colla sua deliberazione ingolfato il minore in una lite inevitabilmente perduta, non vedremmo ragione perchè i danni non dovessero esserne risarciti, come se una simile colpa si fosse verificata in tutt'altro affare. E fra i danni dovrebbero senza dubbio annoverarsi anche le spese in cui fosse stato condannato il minore, delle quali perciò potrebbe pure esser chiesta da lui la rifusione.

Quando ancora i membri stessi del consiglio debbano stare personalmente in giudizio, come nei casi contemplati dagli articoli 271 e 275 del cod. civ.; se la deliberazione presa dal consiglio medesimo venga annullata, e sia riconosciuto essersi verificato dolo o colpa da parte dei deliberanti, il tribunale potrà, sull'istanza di chi vi abbia interesse, condannarli al risarcimento dei danni, ed anche nelle spese personalmente senza diritto di ripetizione (arg. articolo 372 cod. proc. civ.).

Nè poi sembra ammissibile, come concetto assoluto, che le deliberazioni soggette per legge ad omologazione del tribunale non possano produrre alcuna responsabilità a

carico di coloro che le abbiano dolosamente o colposamente votate. È vero che tali deliberazioni non potendo giuridicamente avere alcuna efficacia prima che siano state omologate, non sono suscettibili in questo stato di produrre alcun danno reale, di cui possa farsi luogo a chiedere il risarcimento. È vero ancora che data l'omologazione, ne nasce naturalmente la presunzione che il consiglio avesse prudentemente ed opportunamente deliberato, ed è caso quindi assai difficile il poter provare che da parte del consiglio medesimo vi sia stato dolo o colpa. Ma questa dimostrazione, per quanto ardua, non è impossibile. Può essere che con quello stesso dolo, di cui sia infetta la deliberazione del consiglio, si sia riuscito a celare all'autorità giudiziaria quei fatti che l'avrebbero indotta a negare l'omologazione. Può darsi che quella stessa colpa, che il consiglio ha commessa prendendo imprudentemente una risoluzione dannosa, abbia avuto per conseguenza di presentare al tribunale l'affare di cui si trattava con informazioni erronee od imperfette, sicchè sia stata conceduta l'omologazione, che con una esatta conoscenza della realtà delle cose avrebbe dovuto essere rifiutata. E in tali casi non apparirebbe motivo ragionevole per negare al minore il risarcimento di quei danni, che dal dolo o dalla colpa del consiglio gli fossero derivati.

APPENDICE

Della tutela dei minori ricoverati nei pubblici ospizi.

Sommario. — 103. Concetti generali adottati dalla nostra legislazione intorno alla tutela dei minori ricoverati nei pubblici ospizi. — 104. Dei ricoverati la cui nascita sia legittima. — 105. Dei ricoverati la cui nascita sia illegittima. — 106. Caratteri generali dell'ufficio affidato alle amministrazioni dei pubblici ospizi relativamente ai ricoverati minori di età. — 107. Quali funzioni eserciti l'amministrazione dell'ospizio come consiglio di tutela. — 108. Quali delle funzioni attribuite ai tutori spettino all'amministrazione dell'ospizio. — 109. Facoltà conceduta all'amministrazione dell'ospizio di delegare alle funzioni di tutore uno degli

amministratori. — 110. Quali poteri spettino e quali obbligazioni incombano all'amministratore eletto per esercitare le funzioni di tutore. — 111. Quando cessi l'ufficio tutelare dell'amministrazione dell'ospizio sui ricoverati.

103. Gli orfani, i figli abbandonati e quelli di genitori ignoti dovevano ottenere dalla protezione dell'autorità sociale e dalla pietà pubblica quei soccorsi, che la sventura, la miseria o un crudele obblìo dei più sacri doveri fa che non abbiano da chi diede ad essi la vita. La carità aprì per loro un asilo in pubblici ospizi, nei quali debbano essere allevati, educati, istruiti e posti in tal condizione da poter poi provvedere da sè medesimi alla propria sussistenza. Gli amministratori di tali pii stabilimenti diventano quindi i protettori, alla cui tutela debbono naturalmente essere affidati questi figli della sventura. Un tale concetto, che risale alla legislazione Giustinianea, fu applicato in Francia colla legge del 15 piovoso, an. XIII (4 febbraio 1805), il cui primo articolo disponeva che “ i fanciulli ammessi negli ospizi, a qualunque titolo e sotto “ qualsiasi denominazione, saranno sotto la tutela delle “ commissioni amministrative di questi istituti, le quali, “ ove il caso lo esiga, designeranno uno dei loro membri “ per esercitare le funzioni di tutore, e gli altri formeranno “ il consiglio di famiglia „.

Queste traccie erano state seguite da alcuni dei codici che imperarono in Italia prima dell'attuale. Il codice Parmense (art. 173) e l'Estense (art. 210) stabilivano che “ il minore ricevuto nei pubblici ospizi, se non ha nè “ padre nè madre, soggiace alla tutela delle persone inca- “ ricate ad amministrarli.

“ Una sola di queste viene deputata ad esercitare la “ tutela, ogniqualvolta il minore abbia beni da ammini- “ strare, e debba essere rappresentato in atti giudiziali o “ estragiudiziali „.

Similmente nel codice Albertino era detto (art. 277): “ I fanciulli ammessi negli ospizi a qualsivoglia titolo e

“ sotto qualunque denominazione, quando non abbiano
“ parenti conosciuti e capaci dell'ufficio di tutore, saranno
“ sotto la tutela dell'amministrazione di tali stabilimenti,
“ la quale, ove le circostanze lo esigano, designerà uno
“ degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore;
“ gli altri membri dell'amministrazione formeranno il con-
“ siglio di tutela, senza che nelle loro deliberazioni sia
“ necessario l'intervento del giudice „.

Tale disposizione passò poi senza contrasto, e in termini pressochè identici, nell'articolo 262 del nostro codice, così espresso:

“ I fanciulli ammessi negli ospizi a qualunque titolo e
“ sotto qualsivoglia denominazione, che non abbiano
“ parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore, sono
“ confidati all'amministrazione dell'ospizio in cui si tro-
“ vano, la quale forma per essi il consiglio di tutela senza
“ intervento di pretore, e può, ove le circostanze lo esigano,
“ eleggere uno degli amministratori per esercitare le fun-
“ zioni di tutore „.

Abbiamo detto che gli amministratori dei pii stabilimenti sono i tutori naturali dei minori che vi si trovano ricoverati; e ciò è manifesto, allorchè questi minori non abbiano nella propria parentela persone a cui più naturalmente ancora possa essere affidata la loro tutela. Dovendosi ricorrere ad estranei, non è egli assai più ragionevole, e più conforme all'interesse medesimo dei ricoverati, il confidarli intieramente alle cure delle persone preposte al governo dello stabilimento, in cui furono accolti? Sarebbe forse sperabile, generalmente, di trovare in altri saggezza ed affetto maggiori che in costoro, i quali presentano una efficace guarentigia nello stesso ufficio di cui sono per pubblica fiducia investiti, e sono moralmente interessati al bene di quanti compongono la grande famiglia raccolta nello stabilimento? D'altra parte non può omettersi di considerare quanto difficile sarebbe conciliare l'ingerenza di estranei, a cui spettasse autorità sulle persone e diritto

di amministrare i beni dei minori ricoverati negli ospizi, col potere e colla libertà di azione che per natura delle cose conviene lasciare ai capi di questi stabilimenti nel governo di coloro che vi sono accolti. Le quali considerazioni parvero di tanta importanza al legislatore francese, che nessuna limitazione faceva egli alla regola che i fanciulli ammessi negli ospizi fossero sottoposti alla tutela delle commissioni amministrative di questi stabilimenti; ma questa regola voleva mantenuta quand'anche i genitori dei ricoverati fossero viventi e nel pieno godimento dei diritti civili, e si venisse così a derogare ai principii comuni sulla patria potestà e sulla tutela legittima. Le legislazioni italiane però non seguirono una massima così assoluta. I codici Parmense ed Estense non assoggettavano alla tutela degli amministratori degli ospizi che i minori i quali *non avessero padre nè madre*. E il codice Albertino, la cui disposizione fu poi riprodotta nell'attuale art. 262, andò più innanzi ancora, stabilendo che quei minori fossero sotto la tutela dello stabilimento solamente quando *non avessero parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore*. Per quanto grande sia l'importanza, per quanto evidente la convenienza di favorire in ogni miglior modo l'autorità da attribuirsi ai reggitori degli ospizi sui minori che vi sono ricoverati, non parve però giusto nè opportuno di sagrificarle intieramente la potestà dei genitori sui figli, nè il diritto della famiglia legittima di esercitare la tutela sovra coloro che le appartengono. Resta sempre, ben s'intende, che nell'esercizio dei poteri di patria potestà o di tutela questi parenti non debbano oltrepassare quei limiti, che sono naturalmente imposti dal rispetto dovuto all'autorità dei reggitori dello stabilimento e alla loro libertà di azione nel regolare, secondo le norme dei proprii statuti, le persone che nello stabilimento medesimo sono ricoverate.

Le ragioni stesse, che abbiamo sopra indicate, non sono però per natura loro applicabili, se non a quegli ospizi che abbiano carattere giuridico di pubblici stabilimenti, che

siano corpi morali legalmente riconosciuti, ed abbiano perciò una personalità giuridica, a norma dell'articolo 2 cod. civ. Alcuni dei codici, che sopra ricordammo, parlavano infatti di *pubblici ospizi*. E sebbene nell'art. 262 del codice Italiano, come nel 277 dell'Albertino, sia stata usata una espressione più generica, che parrebbe poter comprendere anche gli ospizi che esistessero *di fatto*, senza essere stati legalmente costituiti in corpo morale, è chiaro però non poter essere stata tale la intenzione del legislatore. Essendosi attribuito l'ufficio tutelare all'amministrazione dell'ospizio, come corpo collettivo, ciò suppone manifestamente l'esistenza e la personalità giuridica di esso. Ma non importa poi quale sia lo scopo speciale dell'ospizio, quale la denominazione ch'esso riceva, quale il titolo per cui vi siano accolte le persone della cui tutela si tratta; non importa che sia un ospizio di trovatelli, o d'orfani, o di figli abbandonati, od altro. Ciò infatti fu espresso, per togliere qualunque dubbio, nel testo, parlando di *fanciulli ammessi negli ospizi a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione*. Ben però è indispensabile che si tratti di stabilimenti di carità pubblica, come è abbastanza indicato dalla stessa parola *ospizi*. E niuno al certo penserebbe, per esempio, che i fanciulli posti in un collegio per ricevervi educazione, quando non avessero parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore, cadessero sotto tutela dell'amministrazione di quel collegio, quantunque legalmente costituito in corpo morale, invece d'essere assoggettati a tutela dativa e ad un consiglio di famiglia secondo le norme comuni.

Vedremo appresso, che non ostante qualche dubbio, a cui potrebbero lasciar luogo le espressioni del nostro articolo 262, è da ritenersi che nell'amministrazione dell'ospizio si concentrino ad un tempo le funzioni che sarebbero proprie del consiglio di famiglia e del tutore, secondo le regole generali. Ciò stesso però costituisce già una derogazione al diritto comune, in cui questi uffici della tutela

sono ben distinti. E la dottrina è infatti concorde nel riconoscere che la tutela affidata alle amministrazioni degli ospizi, pei ricoverati minori di età, è regolata da leggi di eccezione. Il che poi si rivela anche in altri rapporti, concernenti l'organizzazione stessa di questa tutela; poichè mentre d'ordinario il consiglio di famiglia o di tutela deve essere convocato e presieduto dal pretore (articolo 251 cod. civ.), qui all'opposto l'amministrazione stessa dell'ospizio agisce come consiglio di tutela senza intervento di pretore; e mentre nella tutela ordinaria è sempre indispensabile che vi sia un *protutore*, prima della cui nomina non potrebbe il tutore stesso assumere l'esercizio delle sue funzioni, al contrario, quand'anche l'amministrazione dell'ospizio elegga uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore, non è caso di designarne un altro per esercitar quelle di protutore (1).

Dovremo dire perciò che anche per tutt'altro, che non riguardi l'organizzazione degli uffici tutelari, ma la tutela in genere, e particolarmente l'esercizio di essa, non siano applicabili in questa specialità le regole comuni? Ma allora in una materia, quale è questa, di diritto essenzialmente positivo, quali norme si avrebbero, poichè la legge non ne detta altre fuor di quelle molto generiche le quali si trovano scritte nell'art. 262? D'altra parte, in mancanza di precise e speciali disposizioni, bisogna ricorrere a quelle che regolano materie analoghe (art. 3 dispos. prelim.). Ed è certo che, più che analogia, vi è identità di materia in tutto ciò che riguarda la tutela dei minori, o sia essa deferita secondo il diritto comune, o spetti eccezionalmente all'amministrazione dei pubblici ospizi per coloro che vi sono ricoverati. La differenza è solo nelle persone, a cui sono attribuite le funzioni di tutore o del consiglio della tutela; è in somma nel modo in cui sono sistemati gli uffici tutelari. Ma quanto all'esercizio di tali uffici,

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 262, vol. I, § 585, pag. 928.

siccome è identico lo stato in cui si trova il minore, identiche parimente debbono essere le norme regolatrici di tale stato. Non possono esservi altre eccezioni che per quei rapporti, nei quali l'applicazione delle norme comuni divenga impossibile, in conseguenza appunto dell'essere diverso l'ordinamento degli uffici della tutela. — Conchiudiamo pertanto, che anche pei minori ammessi nei pubblici ospizi, e confidati perciò all'amministrazione dello stabilimento in cui si trovano, sono applicabili le regole generali della tutela per tutto ciò che non riguardi l'ordinamento degli uffici tutelari, e più specialmente per quanto concerne l'esercizio della tutela stessa; eccettuati i soli casi in cui l'applicazione di alcune di quelle norme generali verrebbe a trovarsi in contraddizione col particolare ordinamento degli uffici stessi della tutela in questa specialità. Di tale massima, che reputiamo potersi seguire con sicurezza, vedremo più innanzi alcune importanti conseguenze.

L'art. 262 parla in genere di *fanciulli ammessi negli ospizi, che non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore*. Nè vi è bisogno di dimostrare che queste espressioni si attagliano tanto ai ricoverati la cui nascita sia legittima, quanto a quelli che siano nati fuori di matrimonio. Tra gli uni e gli altri vi sono però, anche in rapporto all'applicazione di questo articolo, differenze importanti, a rilevare le quali daremo opera nei numeri successivi.

104. Supponiamo prima che i fanciulli ammessi nell'ospizio abbiano uno stato legittimo, essendo nati in costanza di matrimonio. Che anche ad essi possa essere applicabile la disposizione del nostro articolo 262 non è da porre in dubbio, bastando che quei minori *non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore*. Ma sarebbe esatto il dire che per questi ricoverati possa aver luogo soltanto la *tutela legittima ordinaria*, in mancanza della

quale essi restino sempre ed esclusivamente *confidati alla amministrazione dell'ospizio in cui si trovano?* L'affermarlo sarebbe un errore troppo manifesto. La tutela legittima, propriamente detta, non è deferita che all'avo paterno, e in sua mancanza all'avo materno (art. 244 cod. civ.). Ora l'art. 262 dice assai di più; poichè stabilisce che quando i minori ammessi negli ospizi *abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore*, a questi debba essere confidata la tutela dei minori medesimi, anzichè all'amministrazione dell'ospizio in cui si trovano.

Quand'anche pertanto non sia caso di tutela legittima, ma il ricoverato abbia un parente conosciuto e capace, a cui possa essere conferita la tutela dativa, questa deve aver luogo. Senonchè in tal caso la nomina del tutore non è più libera, come in generale per virtù del disposto dall'art. 245 (1); ma se per qualunque causa non si possa deferire la tutela ad un parente del minore, è necessità lasciar questo confidato unicamente all'amministrazione dell'ospizio in cui si trova. La legge parla di parenti; epperò sembra che in mancanza di essi, l'esservi *affini* del minore, capaci dell'uffizio di tutore, non basterebbe a privare l'amministrazione dell'ospizio del diritto, che la legge le attribuisce, di esercitare ad esclusione di chiunque altro la tutela dei ricoverati, i quali non abbiano parenti conosciuti e capaci. La capacità di codesti parenti stessi non sembra poi che debba intendersi nello strettissimo senso della *capacità legale;* ma nel più ampio d'*idoneità ad esercitare convenientemente l'uffizio di tutore.* Sarebbe infatti troppo manifestamente contrario allo spirito della legge, che intende a promuovere in tutto l'interesse del minore, il ritenere che l'esservi un parente, non colpito da alcuna causa legale d'incapacità o di esclusione, forzasse a deferire la tutela a lui, privandone l'amministrazione dell'ospizio, nonostantechè fosse riconosciuto che

(1) V. sopra, n. 42, pag. 142, 143.

quel parente mancherebbe delle attitudini o della buona volontà necessarie per curare con diligenza ed efficacia gli interessi del ricoverato. Pensiamo perciò che il consiglio di famiglia, convocato per deliberare a norma dell'art. 245, potrebbe risolvere di non nominare a tutore dativo quel parente, quantunque legalmente capace, che il minore avesse; e in tal caso, come pure in quello che il parente nominato divenisse incapace, o fosse rimosso per una delle cause stabilite dalla legge, od ottenesse d'essere dispensato, a norma degli articoli 273, 275, 276, il minore cadrebbe sotto la tutela dell'ospizio in cui si trovasse.

Reputiamo inoltre esservi casi, nei quali anche a chi non sia parente del minore ricoverato in un ospizio possa spettare la tutela del minore stesso; sul quale perciò non appartenga allora all'amministrazione dell'ospizio quell'ufficio che le è attribuito dall'art. 262.

In questa disposizione è supposto che si tratti d'un minore, il quale al momento in cui viene accolto in un pubblico ospizio, od anche dopo che vi è ammesso, si trovi sprovveduto di tutore. Ed è infatti nell'intento di provvedere alla tutela vacante di lui, che la legge dichiara essere affidato quel minore *all'amministrazione dell'ospizio in cui si trova;* eccettuato il caso che il minore stesso abbia *un parente conosciuto e capace, a cui l'uffizio di tutore possa essere deferito.*

Ma può pur darsi che il minore, all'atto in cui è ammesso nell'ospizio, sia già provveduto di tutore. Nessun dubbio potrebbe sorgere quando questo tutore fosse *legittimo*, secondo l'art. 244, od anche essendo *dativo*, fosse però uno dei parenti del minore. Evidentemente, poichè la sola esistenza di un parente capace dell'uffizio di tutore, ancorachè non fosse investito di tale ufficio al momento in cui il minore venisse ammesso nello stabilimento, basterebbe per far eccezione alla regola che la tutela debba essere confidata all'amministrazione dell'ospizio; molto meno poi potrebbe ritenersi che la tutela già deferita a quel pa-

rente avesse a cessare, per essere trasferita nell'amministrazione dell'ospizio, nel quale il minore venisse ricoverato. Può accadere però che il tutore, già investito di tale ufficio allorchè il minore viene accolto in un pubblico ospizio, non sia un parente del minore stesso, ma un estraneo, a cui sia stata deferita la tutela *testamentaria* o *dativa*. A prima vista sembrerebbe che anche a questo caso fosse da applicarsi la regola generale dell'art. 262; giacchè — potrebbe dirsi — non avendo il minore *parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore*, dev'essere per ciò solo *affidato all'amministrazione dell'ospizio in cui si trova*. Senonchè una tale interpretazione si attaccherebbe troppo materialmente alle parole della legge; senza tener conto della loro connessione, dalla quale risulta, a veder nostro come accennammo, che il caso previsto è quello solo in cui si tratti di provvedere alla tutela vacante del minore ammesso nell'ospizio; e senza osservare che la intenzione del legislatore in proposito dev'essere dedotta dalla combinazione eziandio d'altri principii.

È ovvio, infatti, che se dovesse essere assoggettato alla tutela dell'amministrazione dell'ospizio un minore, che all'atto d'essere ammesso nello stabilimento fosse già affidato ad un tutore testamentario o dativo, ciò si convertirebbe in una causa di cessazione dell'uffizio di questo tutore. Ora le cause, per le quali deve cessare l'amministrazione di un tutore, sono determinate tassativamente dalla legge. Il tutore testamentario o dativo ha diritto a continuare nell'esercizio delle sue funzioni finchè il tutelato non sia giunto alla maggiore età, o non sia emancipato, o sopraggiunga a carico del tutore stesso qualche causa d'incapacità o di rimozione, o chieda egli stesso ed ottenga dispensa. Tale è la regola generale, a cui la legge non fa in alcun luogo eccezione pel caso che il tutelato sia ammesso in un ospizio pubblico; e nel silenzio della legge sarebbe manifestamente arbitrario il creare una simile eccezione.

Sarebbe dunque solo quando venisse a cessare l'amministrazione del tutore testamentario o dativo per una delle cause ordinarie — cioè per la morte di lui, per sopravvenuta incapacità o indegnità, o per dispensa ottenuta, o per assenza, sicchè la tutela restasse abbandonata — che non essendovi un parente conosciuto e capace, a cui potesse deferirsi ulteriormente la tutela del minore ricoverato, questi rimarrebbe confidato all'amministrazione dell'ospizio.

È più evidente ancora che la disposizione dell'art. 262 non potrebb'essere applicabile per quei minori, ammessi negli ospizi, che fossero soggetti a patria potestà.

L'articolo predetto suppone, come risulta manifesto dalle stesse sue espressioni, che si tratti di minori costituiti in istato di tutela. D'altronde per seguire la massima contraria bisognerebbe ritenere che l'ammissione d'un minore in un pubblico ospizio troncasse l'esercizio della patria potestà, a cui quel minore fosse soggetto. Ora la legge determina tassativamente le cause per le quali cessa l'esercizio della patria potestà; e sarebbe manifestamente arbitrario l'aggiungervi questa, che dalla legge medesima non fu stabilita. Più che arbitrario, sarebbe anzi assurdo; poichè si verrebbe a questo risultato, che mentre la legge ha voluto preferire all'amministrazione dell'ospizio un parente qualunque, che sia capace dell'uffizio di tutore, si farebbe poi cedere all'autorità dell'amministrazione dell'ospizio quella tanto superiore della patria potestà. Questa dunque rimane senza dubbio perfettamente integra, non ostante l'ammissione del minore, che vi è soggetto, in un pubblico ospizio; e ciò costituisce anzi, come già osservammo nel numero precedente, una modificazione importante della legislazione nostra in confronto della francese. Solo l'esercizio degli attributi della patria potestà stessa dovrebbe in questi casi — come pure avvertimmo nel luogo surricordato — essere moderato in guisa da non recare offesa all'autorità ed alla piena libertà d'azione

che deve spettare, secondo le rispettive norme statutarie e regolamentari, all'amministrazione dell'ospizio, rispetto alle persone che ivi si trovano ricoverate.

Rimane un altro dubbio. Se il genitore, che al tempo di sua morte era nell'esercizio della patria potestà, abbia nominato un tutore testamentario al figlio ricoverato in un pubblico ospizio, l'amministrazione di questo, appoggiandosi al disposto dell'articolo 262, potrà pretendere che quella nomina sia nulla, qualora non sia caduta sopra un parente del minore? Non parrebbe ben fondata una tale pretensione. Ammesso, come non è contestabile, che l'esercizio della patria potestà non rimanga vulnerato per l'ammissione del figlio, che vi è soggetto, in un pubblico ospizio; essendo certo d'altronde che tra gli attributi della patria potestà deve annoverarsi anche la facoltà, competente al genitore, di nominare un tutore testamentario al figlio, e che l'esercizio di tale facoltà è pienamente libero, sicchè può essere preferito nella nomina del tutore un estraneo ad un parente, per quanto prossimo (1); è dunque da conchiuderne che al pieno eseguimento della volontà del genitore non possa fare ostacolo la circostanza che il tutore testamentario, da lui nominato pel proprio figlio ricoverato in un ospizio, non sia un parente. L'art. 262 dice, è vero, che i fanciulli ammessi in un ospizio sono confidati all'amministrazione di questo, qualora non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore; ma ciò si riferisce alla *tutela dativa*, a cui si avesse a far luogo pei minori già ricoverati nell'ospizio, non alla tutela testamentaria. Con un concetto diverso si farebbe infatti cadere la legge in una patente contraddizione; chè mentre è principio fondamentale, da essa stabilito, che la tutela testamentaria debba essere preferita in massima alla tutela legittima e alla dativa, e che la legittima, e la dativa stessa quando cada sopra un parente del minore ammesso

(1) V. sopra, n. 23, pag. 66; n. 28, pag. 91.

in un ospizio, siano preferite alla tutela dell'amministrazione dell'ospizio medesimo, la tutela testamentaria verrebbe invece posposta a quest'ultima.

Nei diversi casi, nei quali abbiam veduto esservi luogo pei minori ricoverati in un pubblico ospizio alla tutela comune, testamentaria, legittima o dativa, l'applicazione della massima stabilita nell'art. 262 può sollevare un'altra difficoltà. Dovrà allora costituirsi, o dovrà continuare, se già costituito, il consiglio di famiglia, secondo le regole ordinarie? Oppure sarà l'amministrazione dell'ospizio che agirà come consiglio di tutela, a norma del predetto articolo? I termini stessi di esso sembrerebbero sufficienti per sè soli ad escludere quest'ultima idea. L'essere confidati all'amministrazione dell'ospizio i fanciulli che vi sono accolti, e il formar quella il consiglio di tutela per essi, è considerato evidentemente come una cosa sola, dipendente dalla identica condizione, che quei ricoverati non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore. Sarebbe dunque in opposizione al testo il ritenere che quand'anche i ricoverati rimanessero sottoposti ad un tutore estraneo all'amministrazione, questa però dovesse esercitare le funzioni di consiglio di tutela. Non meno che al testo, ciò sarebbe poi contrario anche allo spirito della legge. Se invece di quella tutela eccezionale, che l'art. 262 deferisce all'amministrazione dell'ospizio, ha luogo pei ricoverati la tutela ordinaria, è anche ragionevole che tutto l'ordinamento comune degli uffici tutelari venga applicato. Nè sarebbe coerente che un tutore estraneo alla amministrazione dell'ospizio dovesse dipendere dall'autorità di essa, anzichè dal consiglio di famiglia, a cui è naturalmente soggetto; che dovesse dipenderne senza quelle garanzie, a cui gli dànno diritto le regole comuni, di far parte egli stesso del consiglio, e di averne presidente il pretore. Se dunque la tutela del minore, ammesso in un pubblico ospizio, debba essere esercitata, secondo le norme sopra discorse, da un tutore testamen-

tario, o legittimo, o dativo, l'amministrazione dell'ospizio non agirà nemmeno come consiglio di tutela, ma sarà invece costituito il consiglio di famiglia secondo le regole ordinarie.

Ecco dunque, in riassunto, le massime che parrebbero da seguirsi nella specialità di cui parlammo finora.

1° Se un minore, procedente da filiazione legittima, al tempo in cui viene ammesso in un pubblico ospizio si trova soggetto a patria potestà, questa continua ad essere esercitata dal padre, e in mancanza di lui dalla madre, secondo le norme comuni. Quando la patria potestà cessi, ha effetto la nomina d'un tutore testamentario, che sia stata fatta dal genitore a cui l'altro era premorto, quand'anche la persona nominata non sia un parente del minore.

2° Se il minore predetto, quando fu accolto nell'ospizio, era già soggetto ad un tutore testamentario, legittimo o dativo, il tutore stesso continua ad esercitare l'ufficio suo, secondo le norme comuni. Solo quando in virtù di esse quel tutore venga a cessare, per qualunque causa, dall'amministrazione, e manchi un parente conosciuto e capace, a cui possa essere conferita la tutela dativa, il minore rimarrà confidato all'amministrazione dell'ospizio in cui si trova.

3° Se il minore, al momento d'essere ricevuto nell'ospizio, si trova di diritto in istato di tutela, ma manca in fatto, non solo d'un tutore legittimo, ma anche di un parente che sia capace di ottenere ed ottenga la nomina di tutore dativo, la tutela stessa è allora conferita per legge all'amministrazione dell'ospizio.

4° Le funzioni di consiglio di tutela non vengono esercitate dall'amministrazione dell'ospizio, se non quando spetta ad essa, secondo le regole sopra ricordate, l'intiero ufficio della tutela sul minore ricoverato nell'ospizio. In ogni caso, in cui l'ufficio di tutore sia esercitato da persona estranea all'amministrazione, deve agire il consiglio

di famiglia formato secondo le regole ordinarie. Quando poi il minore ricoverato nell'ospizio sia soggetto a patria potestà, non è neppur possibile parlare d'un consiglio di tutela, la cui esistenza è affatto inconciliabile colla patria potestà.

105. Supponiamo ora che i fanciulli ricoverati in un ospizio procedano da filiazione illegittima; o siano di genitori ignoti, o siano adulterini od incestuosi, sicchè non possano essere legalmente riconosciuti. Sarà certo allora che l'amministrazione dell'ospizio avrà la tutela legale di questi minori. La disposizione dell'art. 262 è troppo chiara in proposito per dubitarne. Essa affida all'amministrazione dell'ospizio tutti i minori ivi ammessi, i quali non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore. Quelli di cui non è, o non può essere legalmente riconosciuta la filiazione, non possono per certo avere civilmente rapporti di parentela con alcuno. In questo stato, e finchè rimangano nell'ospizio, non possono dunque essere soggetti ad altra tutela che a quella dell'amministrazione di esso, conformemente alla massima stabilita nell'art. 262.

Facciamo caso invece che il minore ammesso in un ospizio sia stato riconosciuto legalmente dai genitori o da uno di essi, che sia vivente e capace. Quel minorenne si troverà allora soggetto alla tutela legale di cui parla l'articolo 184. Nè l'ammissione di lui nell'ospizio potrebbe far cessare questa tutela per farle subentrare l'altra dell'amministrazione dello stabilimento. Anche qui la disposizione dell'art. 262 porge un argomento di somma evidenza. Non è deferita all'amministrazione dell'ospizio la tutela dei ricoverati minori di età, quando essi *abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore;* molto meno dunque allorchè questi minori siano già soggetti alla tutela legale dei genitori da cui furono riconosciuti. Nè in questo caso potrebbe neppur pensarsi che almeno l'amministrazione dell'ospizio dovesse agire come *consiglio di tutela*, poichè sappiamo che

questa istituzione è riguardata dalla nostra legge come incompatibile colla tutela legale esercitata dai genitori naturali; e perciò nell'art. 261, stabilendosi che nell'interesse delle persone nate fuori di matrimonio sia da costituirsi un consiglio di tutela, fu però espressamente *eccettuato il caso di tutela legale esercitata dal genitore a norma dell'art.* 184 (1). Sarebbe solo quando il genitore naturale fosse premorto, od avesse cessato, per qualche causa legale, dalla tutela attribuitagli dall'articolo 184, o quando la sua morte o la cessazione di tale tutela avvenisse anche dopo l'ammissione del figlio nell'ospizio, che l'amministrazione di questo assumerebbe la tutela del ricoverato, a norma dell'articolo 262. Nè allora potrebb'essere altrimenti; imperocchè il figlio naturale, privato dei genitori da cui fu riconosciuto, non può avere civilmente nella famiglia dei genitori stessi altri parenti, la cui esistenza e capacità all'uffizio di tutore faccia ostacolo, a norma del predetto articolo, alla tutela legale dell'amministrazione dell'ospizio. È noto infatti che il riconoscimento di filiazione naturale produce bensì rapporti ed effetti civili tra i genitori ed i figli riconosciuti, e i figli o discendenti legittimi di questi ultimi; ma nessun rapporto ne deriva tra il figlio naturale ed i parenti legittimi del genitore che lo ha riconosciuto (2). D'altra parte a contrastare il diritto dell'amministrazione dell'ospizio non potrebbe neppur sorgere un tutore testamentario, che fosse stato nominato dal genitore defunto; giacchè la facoltà di questa nomina, ristretta a favore di chi al tempo di sua morte sia *nell'esercizio della patria potestà* (*art.* 243 *cod. civile*), non può competere al genitor naturale, a cui è attribuita soltanto la tutela legale del figlio (3).

Dicendo che il figlio di genitori ignoti, o il figlio naturale di cui sia morto o abbia cessato dalla tutela legale il

(1) V. sopra, n. 47, pag. 176, 177.
(2) V. vol. V, parte I, n. 6, pag. 20, 21.
(3) V. sopra, n. 24, pag. 68.

genitore dal quale sia stato riconosciuto, è affidato, in virtù dell'articolo 262, alla tutela dell'amministrazione dell'ospizio che lo accolga, abbiamo supposto che quel minore, al tempo in cui entra nello stabilimento, sia sprovveduto di tutore. Ma può essere altrimenti: chè a norma dell'art. 248, può essere stato nominato a quel minorenne un tutore dal consiglio di tutela. Ora in tal caso l'uffizio di questo tutore dovrebbe forse cessare per l'ammissione del minore in un ospizio, e l'amministrazione di questo dovrebbe assumerne la tutela, secondo l'art. 262? Anche qui possiamo ripetere le stesse considerazioni che facemmo nel numero precedente, pel minore, avente stato legittimo, che all'atto d'essere accolto in un ospizio si trovi soggetto a tutela dativa. L'art. 262 regola il caso in cui si tratti di provvedere alla tutela vacante del minore ammesso nell'ospizio. Se al momento d'esservi accolto egli ha già un tutore, non è possibile far cessar questo dall'amministrazione, senzachè si verifichi alcuna di quelle cause che la legge ha espressamente stabilite per tale cessazione, e tra le quali non si trova compreso il caso di ammissione del tutelato in un pubblico ospizio. Quando l'amministrazione del tutore dativo, precedentemente nominato a forma dell'art. 248, venisse a cessare per una delle cause ordinarie — cioè per morte, per sopraggiunta incapacità o indegnità sua, o per dispensa che ottenesse, o perchè in causa di *assenza* di lui la tutela restasse *abbandonata* — allora, ma allora soltanto, subentrerebbe la tutela legale deferita alla amministrazione dell'ospizio dall'art. 262.

Crediamo poi che quando il figlio di genitori ignoti, o il figlio naturale legalmente riconosciuto, essendo già provveduto di tutore giusta il disposto dell'art. 248, venisse ammesso in un pubblico ospizio, l'amministrazione di questo non potrebbe neppure agire quale *consiglio di tutela*. Il tutore dativo precedentemente nominato, come ha diritto di continuare nell'esercizio dell'uffizio che gli fu conferito, ha diritto del pari di non dipendere che da un consiglio

di tutela costituito secondo le regole ordinarie, da un consiglio di cui egli stesso abbia a far parte come membro necessario, da un consiglio che sia presieduto dal pretore; garanzie queste che gli mancherebbero qualora fosse l'amministrazione dell'ospizio che agisse quale consiglio di tutela, a norma dell'art. 262.

106. Gli uffici spettanti all'amministrazione d'un ospizio, in ciò che riguarda la tutela dei minori ivi ricoverati, sono definiti nel predetto art. 262 colle seguenti parole, che giova ricordare:

" I fanciulli ammessi negli ospizi *sono confidati* " *all'amministrazione dell'ospizio* in cui si trovano, la quale " *forma per essi il consiglio di tutela* senza intervento di " pretore „. Da ciò stesso risulta, a veder nostro, la verità di quanto accennammo in altro luogo: che, cioè, gli uffizi proprii del tutore e del consiglio di famiglia o di tutela si trovano in questo caso riuniti nella stessa personalità giuridica dell'amministrazione dell'ospizio. Forse a primo aspetto se ne potrebbe dubitare per le espressioni della legge; le quali lascierebbero luogo a pensare che all'amministrazione dell'ospizio fossero attribuiti veramente i soli uffici proprii del consiglio di tutela, che questi, uniti ai poteri che l'amministrazione, per ufficio proprio e conformemente ai proprii statuti, esercita sovra tutti i ricoverati anche maggiorenni, si fossero reputati bastanti pel maggiore numero dei casi; e che quando poi circostanze particolari rendessero necessaria l'opera speciale di un tutore, venisse il caso di nominare all'uopo per l'esercizio di tali funzioni uno degli amministratori, come l'articolo medesimo ammette. Nondimeno ci sembra che questo modo di considerare le cose non sarebbe esatto. L'organismo generale della tutela si compone, come vedemmo, di elementi ben distinti, il concorso dei quali è però necessario a completarlo. Al consiglio di famiglia o di tutela spetta il deliberare sugli affari più importanti,

vegliare sull'esercizio della tutela e dirigerne l'andamento. È riserbato al tutore il provvedere all'esecuzione delle deliberazioni del consiglio, ed a tutti gli altri affari sui quali questo non sia chiamato dalla legge a pronunciarsi e che possano occorrere per l'interesse del minore, curare la persona del minore stesso, rappresentarlo in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni. È mai possibile ammettere che pei minori accolti in un ospizio, volendosi escludere la ingerenza di persone estranee all'amministrazione, si siano affidate a questa le sole funzioni deliberative del consiglio di tutela, e non le altre che d'ordinario sono proprie del tutore? Ma così l'ordinamento di questa speciale tutela sarebbe troppo evidentemente imperfetto, e insufficiente per provvedere a tutti i bisogni. Nè supplirebbero abbastanza i poteri ordinari spettanti alla amministrazione sovra tutti i ricoverati anche non minori di età. Ciò potrebbe tutt'al più affermarsi per quanto concerne la *cura della persona* del ricoverato. Ma la qualità per rappresentarlo negli atti civili che possano occorrere nell'interesse di lui, e per amministrare i beni che egli venisse ad acquistare, donde mai deriverebbe all'amministrazione, se essa non fosse rivestita per legge anche delle funzioni proprie del tutore? Si risponderà forse che quando occorra di dover rappresentare il minore in determinati atti, quando egli acquisti beni alla cui amministrazione bisogni provvedere, sarà il caso di nominargli un tutore eleggendolo tra gli amministratori. Ma non ogni volta che il ricoverato minore di età abbia qualche bene proprio, o debba essere rappresentato in qualche atto particolare, è prescritto che si debba eleggere uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore. La legge, come dimostreremo più innanzi, abbandona alla prudenza dell'amministrazione il riconoscere quando *le circostanze esigano* un tale provvedimento. E frattanto è pur necessario che il minore abbia costantemente chi lo rappresenti legalmente per ogni atto che possa occorrere nel suo

interesse, chi amministri i beni che possano divenir suoi. È dunque indispensabile riconoscere nell'amministrazione dell'ospizio non tanto i poteri di consiglio di tutela, quanto ânche quelli che sono proprii delle funzioni di tutore. La qual cosa per certo, come già avvertimmo, si allontana dalle norme comuni che regolano l'ordinamento degli uffizi tutelari, e costituisce quindi uno di quei caratteri eccezionali che contraddistinguono questa speciale tutela dall'ordinaria. Nè è da negarsi che tale eccezione alle regole comuni possa a primo aspetto presentarsi come poco razionale, in quanto sembri contraddittorio il confondere in una stessa personalità giuridica i poteri deliberativo ed esecutivo, le attribuzioni di vigilanza e direzione superiore d'una gestione esercitata da quelle stesse persone a cui tali attribuzioni competono. Bisogna riflettere però che una perfetta distinzione del potere deliberativo dall'esecutivo dev'esservi nell'ordinamento stesso dell'amministrazione dell'ospizio. Vi è sempre un corpo di amministratori, che veglia e sovrintende alla gestione dello stabilimento, e colle proprie deliberazioni provvede agli affari più importanti. Vi è un capo dell'amministrazione, sia poi sotto nome di presidente, di direttore od altro, che cura l'eseguimento di quelle deliberazioni, provvede alle persone accolte nello stabilimento, esercita l'amministrazione ordinaria, ed ha la rappresentanza legale dello ospizio. Tutto ciò si presta dunque abbastanza per tenere effettivamente distinte nel loro esercizio le funzioni del consiglio di tutela, da quelle che sono proprie del tutore; sebbene le une e le altre siano riunite di diritto nella personalità giuridica dell'amministrazione dell'ospizio. Il corpo degli amministratori delibererà come consiglio di tutela ogni volta che ne accada il bisogno. Il capo della amministrazione, a cui spetta la rappresentanza legale dell'ospizio, eserciterà pei ricoverati minorenni le funzioni proprie del tutore — qualora il corpo amministrativo dello stabilimento non reputi richiesto dalle circostanze

di eleggere uno degli amministratori per tali funzioni — curerà le persone dei minori predetti, li rappresenterà negli atti civili, e ne amministrerà i beni. Così sarà evitata di fatto ogni confusione di poteri; la tutela sarà esercitata dall'amministrazione dell'ospizio col mezzo di chi ha la rappresentanza legale di esso; e l'ufficio del consiglio di tutela manterrà la sua naturale importanza e tutta la sua efficacia di azione, mediante la vigilanza e la direzione superiore che l'intiero corpo amministrativo eserciterà sull'opera affidata al capo dell'amministrazione.

107. Premesso ciò, dobbiamo domandarci: quali saranno precisamente le attribuzioni del consiglio amministrativo dell'ospizio, come consiglio di tutela dei minori che vi si trovano ricoverati? La risposta non può esser difficile seguendo le massime direttive che altrove abbiamo indicate. Dimostrammo che per tutto quanto concerne non l'organizzazione, ma l'esercizio degli uffici tutelari, devono osservarsi anche qui le norme comuni, fatta eccezione soltanto per quei casi nei quali l'applicazione di tali norme divenga impossibile, atteso il diverso ordinamento che tali uffici hanno pei minori ricoverati nei pubblici ospizi (1). Ora è evidente che l'essere qui affidato l'ufficio di consiglio di tutela al corpo amministrativo dell'ospizio non può esser cagione a render necessaria alcuna differenza nelle attribuzioni del consiglio stesso. Queste attribuzioni sono determinate unicamente in vista dei bisogni e degl'interessi del minore soggetto a tutela; i quali bisogni ed interessi non variano di certo perchè l'ufficio di consiglio di tutela debba essere affidato a certe persone anzichè a certe altre. Non può dunque esser dubbia in questa parte l'applicabilità delle regole comuni; e fu insegnato giustamente che “ la legge dà per consiglio di famiglia, ai “ minori ammessi in un ospizio, *la commissione amministra-*

(1) V. sopra, n. 103, pag. 435 e segg.

“ *tiva intiera, che ne ha tutte le attribuzioni* „ (1). Non vi sono distinzioni da fare in proposito. Sia per ciò che riguardi le persone dei minori, o l'amministrazione dei loro beni, le funzioni del consiglio amministrativo, agente come consiglio di tutela, sono identiche alle ordinarie stabilite dalla legge per ogni consiglio di famiglia o di tutela. O si tratti, per esempio, di autorizzare la istanza al presidente del tribunale per far ordinare la chiusura, in una casa di correzione, del ricoverato di cui non si riesca a frenare i gravi traviamenti (art. 279 cod. civ.), o di pronunciare sui reclami presentati dal ricoverato stesso per allegati abusi di autorità commessi in suo danno (art. 280), o di consentire al matrimonio del minore (art. 65, 66 cod. civ.), o di ordinare l'emancipazione di lui (art. 311 cod. civ.), o di determinare il modo d'impiego dei valori in numerario, o in oggetti preziosi, o la conversione dei titoli al portatore che al ricoverato appartengano (art. 287, 298 cod. civ.), o di autorizzare qualcuno di quegli atti che sono contemplati nell'art. 296; in tutti questi casi ed altri simili sarà sempre al consiglio amministrativo, considerato dalla legge come consiglio di tutela, che spetterà il deliberare. Certamente può esservi qualche deliberazione, che sarebbe di competenza del consiglio di famiglia o di tutela ordinario, e della quale non sarà mai caso per l'amministrazione di un ospizio agente come consiglio di tutela dei ricoverati; per esempio quella riguardante la determinazione della cauzione che il tutore ordinario deve prestare. Ma ciò accadrà perchè quella deliberazione mancherebbe di oggetto relativamente al minore ricoverato in un ospizio, atteso al modo in cui sono ordinati per lui gli uffici della tutela; non perchè le attribuzioni dell'amministrazione dell'ospizio, agente come consiglio di tutela, siano per sè stesse diverse dalle comuni.

Potremo dire similmente che anche per ogni altro rap-

(1) V. Chardon, *Des trois puissances*, p. III, n. 90.

porto, concernente le deliberazioni che il consiglio abbia a prendere, come per la determinazione delle attribuzioni di esso, siano pienamente applicabili le regole ordinarie stabilite dalla legge pel consiglio di famiglia o di tutela? Dobbiamo rammentarci che sebbene quest'applicabilità costituisca la regola generale, vi sono però eccezioni indotte per necessità delle cose dal diverso ordinamento degli uffici tutelari rispetto ai minori ricoverati nei pubblici ospizi, e ci sarà facile poi riconoscere che appunto per questa ragione diventa in qualche rapporto impossibile l'applicazione delle norme comuni alle deliberazioni che siano prese dal consiglio amministrativo di un ospizio come consiglio di tutela dei ricoverati. Ciò si manifesta infatti evidente per quanto riguarda le condizioni di legalità delle convocazioni ed adunanze, e di validità per la forma delle deliberazioni che in esse siano state prese. Bisogna riflettere che secondo il testo dell'art. 262 è *l'amministrazione dell'ospizio che forma il consiglio di tutela* pei ricoverati. Le attribuzioni generalmente assegnate al consiglio di famiglia o di tutela sono in questo caso trasferite ad un corpo diversamente costituito, che agisce con tutt'altre norme, con quelle che sono determinate dai suoi speciali regolamenti organici. E quando anche esso risolve affari riguardanti la tutela dei ricoverati, lo fa però sempre nella qualità sua di consiglio amministrativo dell'ospizio, sebbene queste speciali sue deliberazioni abbiano lo scopo, l'oggetto, gli effetti che sono proprii degli atti d'un consiglio di tutela. Quando dunque cada in questione l'essere stata o no regolare la convocazione, legale l'adunanza, valida per la forma la deliberazione, bisogna risolverla coll'applicazione delle norme statutarie e regolamentari riguardanti l'amministrazione dell'ospizio, anzi che colle regole stabilite dalla legge pei consigli di tutela.

Una difficoltà in vero più grave può sorgere intorno all'essere, o no, impugnabili le deliberazioni dell'amministrazione dell'ospizio, concernenti la tutela dei ricoverati,

coi medesimi mezzi che vedemmo ammessi dalla legge contro le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela. È opinione autorevolmente professata che quelle deliberazioni “ non saranno giudizialmente impugnabili, *conser- “ vando in ogni caso il loro carattere puramente ammini- “ strativo* „ (1). Confessiamo però di dubitarne. È vero che l’amministrazione dell’ospizio delibera come tale anche quando agisce quale consiglio di tutela pei ricoverati; e sotto quest’aspetto si potrà dire con tutta l’esattezza che tali sue deliberazioni *hanno un carattere puramente amministrativo.* Ma è poi giusto il dedurne che rispetto ad esse debba sempre rimanere assolutamente esclusa qualunque ingerenza dell’autorità giudiziaria? Ritenendo ciò, bisognerebbe anche ammettere che quando l’amministrazione dell’ospizio avesse presa qualcuna di quelle deliberazioni, che secondo la disposizione dell’art. 301 sarebbero soggette all’omologazione del tribunale, questa però non fosse necessaria; il che non parrebbe sostenibile. Non è da dimenticare che se l’amministrazione dell’ospizio agisce come tale anche quando delibera sopra affari relativi alla tutela dei ricoverati, sono però le funzioni di consiglio di tutela ch’essa allora esercita; epperò le sue deliberazioni non possono in questa specialità avere una efficacia maggiore di quella che alle deliberazioni di un consiglio di tutela è generalmente attribuita dalla legge. Or se queste non potrebbero avere efficacia se non quando fossero omologate dal tribunale, o se sarebbero impugnabili giudizialmente, sembra che per identici motivi debba ammettersi altrettanto per quelle che l’amministrazione dell’ospizio abbia emanate agendo quale consiglio di tutela.

L’escludere l’applicabilità di quelle regole non è certamente una necessità, che sia indotta dal diverso ordinamento degli uffici tutelari in questo caso speciale. Al contrario, il rendere irrepugnabile una deliberazione, per

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 262, vol. I, § 585, n. 928.

quanto fosse dannosa all'interesse del minore, solo perchè fosse emanata dall'amministrazione d'un ospizio in cui egli si trovasse ricoverato — mentre sarebbe aperta la via del ricorso davanti al tribunale, se una simile deliberazione fosse stata presa dal consiglio di famiglia o di tutela costituito secondo le norme comuni — parrebbe una differenza di trattamento, una diminuzione di garanzie per l'incapace soggetto a tutela, che non avrebbe giustificazione sufficiente. Poniamo il caso che una risoluzione sia stata approvata per la sola maggioranza di un voto. Perchè mai dovrebb'essere vietato a coloro che votarono in senso contrario, od anche al ministero pubblico, d'impugnare quella deliberazione davanti al tribunale, a norma dell'articolo 260, per far prevalere nell'interesse del ricoverato minorenne quel partito che reputassero più vantaggioso per lui? Si dirà che sarebbe un'anomalia singolare se la minoranza d'un corpo amministrativo potesse reclamare contro il deliberamento della maggioranza ad una autorità giudiziaria; che ciò farebbe luogo ad un'ingerenza inammissibile di quest'ultima in affari amministrativi, e arrecherebbe una deplorabile confusione di poteri?

Queste obbiezioni sarebbero giuste qualora si trattasse di atti riguardanti l'amministrazione vera e propria dello stabilimento. Ma non è così: si tratta di atti non concernenti che la persona o il patrimonio d'un incapace soggetto a tutela, che si trova ricoverato nello stabilimento; di atti che l'amministrazione dell'ospizio ha compiuti esercitando le funzioni di *consiglio di tutela*. Non vi è dunque ragione di temere una confusione di attribuzioni tra la autorità amministrativa e la giudiziaria; non di giudicare irrazionale, che la minoranza del corpo deliberante possa agire giudizialmente per far prevalere il proprio voto contro quello della maggioranza, più di quanto ciò possa allegarsi allorchè si tratti di deliberazione presa da un consiglio di famiglia o di tutela costituito secondo le regole ordinarie.

Reputeremmo pertanto che anche le deliberazioni prese dall'amministrazione di un ospizio, agendo come consiglio di tutela dei ricoverati, fossero impugnabili nei casi e secondo le norme che dimostrammo nel paragrafo precedente, in quanto siano applicabili.

108. — Si disse già, che mentre l'intiero corpo amministrativo dell'ospizio invigila e dirige, come consiglio di tutela, la gestione relativa ai ricoverati ed ai beni che essi possano avere, l'uffizio vero e proprio di tutore è esercitato dall'amministrazione medesima col mezzo di chi, come capo di essa, ne ha la rappresentanza legale (1). Ma da quali norme dovrà essere regolato questo esercizio di tutela da parte dell'amministrazione dell'ospizio, dappoichè il testo della legge non ha in proposito alcuna disposizione speciale espressa? A tale quesito pare che rispondano abbastanza adeguatamente le riflessioni stesse, che facemmo nel numero precedente circa le attribuzioni del corpo amministrativo dell'ospizio quale consiglio di tutela. Anche gli uffici del tutore, i poteri che gli sono conferiti, gli obblighi che gli sono imposti dalla legge, hanno per solo fondamento la protezione che vuolsi accordare al minore, il bisogno che vi è di curare la sua persona, di rappresentarlo negli atti civili, d'amministrarne i beni. Su tutto ciò non può avere, generalmente, alcuna influenza l'essere affidata la tutela all'amministrazione dell'ospizio, piuttostochè ad un tutore nominato nei modi ordinari.

Non par dunque da dubitare che per massima generale l'esercizio della tutela anche in questo caso sia retto dalle norme comuni stabilite negli articoli 277 e seguenti. Così era ritenuto anche sotto la legge francese dell'anno XIII, la quale pure non conteneva se non poche disposizioni speciali in questo argomento; e tuttavia si riconosceva

(1) V. sopra, n. 106, pag. 452, 453.

“ che poichè la sua disposizione principale — corrispon-
“ dente al nostro articolo 262 — aveva investite le com-
“ missioni amministrative degli ospizi della tutela dei
“ fanciulli che vi fossero ammessi, ciò bastava perchè tutti
“ gli attributi della tutela dovessero ad esse spettare „ (1).

Nondimeno non è da escludere assolutamente che a fronte di questa regola sia possibile una qualche eccezione; ma questa non potrebbe derivare che dallo speciale ordinamento degli uffici tutelari rispetto ai minori ammessi negli ospizi, col quale ordinamento si trovasse inconciliabile qualche particolare rapporto di quelli che sono proprii della tutela ordinaria. Così l'articolo 292 annovera normalmente fra gli obblighi del tutore quello di dare cauzione. Ma niuno per certo penserebbe che un'amministrazione d'ospizio fosse tenuta a cauzione per la tutela che le è affidata dei ricoverati. La specialità d'essere un corpo morale, a cui è conferito un tale ufficio, e le garanzie morali che sono offerte dall'organizzazione stessa d'uno stabilimento pubblico e dalle molteplici cautele di cui n'è circondata la gestione, rendono evidentemente inammissibile l'idea che ad una simile tutela possa applicarsi la legge, da cui è resa obbligatoria la cauzione quando l'ufficio tutorio è affidato ad una persona privata.

La legge francese che abbiamo ricordata, del 15 piovoso, an. XIII, e il decreto imperiale del 19 gennaio 1811, se non regolavano con un sistema di disposizioni, che potesse dirsi completo, l'esercizio della tutela degli ospizi sui trovatelli, fanciulli abbandonati ed orfani poveri che vi fossero ammessi, contenevano però norme particolareggiate intorno a parecchi rapporti; e principalmente circa l'occupazione da destinarsi ai ricoverati per far loro apprendere un'arte o un mestiere, l'emancipazione che potesse farsi di essi, il governo dei beni e l'impiego dei capitali che

(1) V. Chardon, l. c., n. 101.

avessero, la destinazione delle rendite di questi beni e capitali. Nulla di ciò essendo stato disposto dalla nostra legge, è da ritenersi, secondo le massime sopra dimostrate, esser sempre ed unicamente colle norme comuni che devesi regolare l'esercizio della tutela, quand'anche esso appartiene all'amministrazione d'un ospizio sui minori ivi accolti.

Così spetterà a chi esercita le funzioni di tutore — cioè a quello degli amministratori a cui esse siano state deferite, a norma dell'art. 262, od altrimenti al capo dell'amministrazione, che la rappresenta legalmente — il determinare l'occupazione che debba assegnarsi a ciascuno dei ricoverati, l'arte o il mestiere in cui debba essere ammaestrato, e stabilire le opportune convenzioni coi capi di officina o maestri; salvo sempre al corpo amministrativo dell'ospizio la facoltà di deliberare, come consiglio di tutela, sulla educazione che convenga dare al tutelato. L'emancipazione non potrà farsi che per deliberazione del consiglio amministrativo, agente quale consiglio di tutela, e purchè concorrano le condizioni ordinariamente richieste per tale atto. Per questo caso però, avuto riguardo alla speciale natura ed importanza dell'atto, si è derogato alla regola generale che l'amministrazione dell'ospizio agisca come consiglio di tutela senza intervento di pretore; e si è voluto invece straordinariamente che *il consiglio sia presieduto dal pretore* (art. 313 cod. civ.). Quanto all'impiego dei capitali, ed a tutt'altro che riguardasse all'amministrazione dei beni, dei quali potesse essere proprietario un ricoverato, dovrebbero osservarsi le stesse regole generali concernenti l'esercizio della tutela, di cui parleremo a luogo opportuno. Quanto alle rendite di tali beni — che dalla legge francese erano attribuite all'ospizio *a titolo d'indennità per le spese* di mantenimento ed educazione del ricoverato, finchè questo rimanesse a carico dell'ospizio medesimo — il nostro codice non ha data alcuna disposizione. Quelle rendite devono quindi certamente considerarsi come appartenenti al rico-

verato, ed essere comprese nel conto da rendersi ad amministrazione finita, quando egli esca dall'ospizio. Nel conto medesimo potrebbero però essere contrapposte, come di ragione, fino a debita concorrenza, le spese per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del ricoverato e per l'amministrazione del patrimonio di lui, e l'ospizio non sarebbe debitore che del residuo. Ma, ben s'intende, le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del ricoverato non potrebbero esser portate a diminuzione della sostanza patrimoniale di lui. Ciò sarebbe contrario alle regole d'una buona amministrazione. Non potrebbe farsi eccezione se non per quelle spese d'istruzione, estranee alla istituzione dell'ospizio, che per deliberazione dell'amministrazione, come consiglio di tutela, e colla debita omologazione del tribunale, fossero state sostenute pel ricoverato, al fine di abilitarlo ad una professione od arte più proficua, a cui mostrasse di avere attitudine.

109. “ L'amministrazione dell'ospizio può, ove le cir-
“ costanze lo esigano, eleggere uno degli amministratori
“ per esercitare le funzioni di tutore „.

Di questa disposizione finale del nostro art. 262 sono palesi i motivi. L'opera del capo dell'amministrazione, che la rappresenta anche in quanto riguarda la tutela dei ricoverati, può bastare pei casi ordinari; ma talvolta può divenire insufficiente o troppo gravosa, specialmente quando per diritto di successione o per liberalità altrui pervengano al ricoverato beni, dei quali perciò sia necessario tenere un'amministrazione separata. Alcune delle legislazioni, che ricordammo in principio di questa trattazione, prevedevano infatti questo caso particolare; dichiarando che uno degli amministratori dovesse essere deputato ad esercitare la tutela *ogni qualvolta il minore ricoverato nell'ospizio avesse beni da amministrare, e dovesse essere rappresentato in atti giudiziali o estragiudiziali.* La legge francese del 1805 e il codice Albertino non designavano casi particolari; parla-

vano in genere della *esigenza delle circostanze;* ma supponendo questa, imponevano all'amministrazione dell'ospizio l'obbligo di designare uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore. Il nostro articolo 262 si esprime invece in termini che accennano ad una pura facoltà, lo usare o no della quale è lasciato alla prudenza dell'amministrazione. E veramente può accadere, che quantunque un ricoverato abbia alcuni beni proprii, questi però non siano di tale natura o di tale entità da rendere necessaria la nomina apposita di un tutore per amministrarli; come può accadere all'opposto che pur non possedendo beni proprii il ricoverato, convenga però designare uno degli amministratori dell'ospizio per esercitare le funzioni di tutore, ad esempio per prendere della persona del ricoverato quelle cure particolari che siano richieste dal suo stato fisico o intellettuale, o dalla speciale educazione a cui lo si riconosca atto, o per rappresentarlo in giudizio, o per altra cagione. Non sembra dunque da porre in dubbio l'opportunità di questa disposizione della nostra legge; la quale permette all'amministrazione dell'ospizio di eleggere uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore, quand'anche il ricoverato, a cui questo tutore si darebbe, non abbia beni proprii da amministrare, od al contrario non dargli questo tutore, sebbene il ricoverato possegga qualche sostanza; secondochè le circostanze particolari di ciascun caso, da apprezzarsi nella prudenza sua dall'amministrazione stessa, le sembrino esigere come necessario, o consigliare come conveniente nell'interesse del ricoverato.

Per determinare con bastante sicurezza quali siano i poteri e gli obblighi di quello degli amministratori di un ospizio, che sia stato designato per esercitare le funzioni di tutore d'un ricoverato — del che ci occuperemo nel numero seguente — è necessario prima risolvere qualche dubbio, che può presentarsi intorno ai veri caratteri dell'ufficio che si conferisce a questo amministratore. Acquista

egli veramente la qualità legale di tutore? L'esercizio di questo ufficio deve, in massima, essere regolato dalle norme comuni, o da quali altre eccezionali?

Circa il primo quesito è stato insegnato che: " La *tutela* " *personale si esercita in comune* e sopra tutti i figli del- " l'ospizio; se alcuno di essi avrà un proprio tutore, *all'og-* " *getto di amministrarne i beni, questo tutore non avrà facoltà* " *superiore agli altri;* dipenderà egli pure dal consiglio, che " si forma dalla unione degli amministratori „ (1). Secondo questi concetti, l'eletto ad esercitare le funzioni di tutore non avrebbe dunque alcuna attribuzione speciale per riguardo alla persona del ricoverato affidatogli, ma solo relativamente all'amministrazione dei beni che al ricoverato medesimo appartenessero; ed anche in quest'amministrazione non avrebbe poteri proprii e distinti, non potrebbe essere che semplice esecutore delle disposizioni che ad ogni occorrenza dovrebbero essere date dall'intiero corpo amministrativo. Ma queste idee, che, se non erriamo, sono quelle professate dal lodato scrittore, non sembrano in perfetto accordo col testo della legge; la quale dicendo potersi eleggere uno degli amministratori *per esercitare le funzioni di tutore*, indica chiaramente, a veder nostro, che tutte queste funzioni vengono con tale elezione deferite all'amministratore deputato a ciò. In altri termini, quelle attribuzioni stesse, proprie d'un tutore ordinario, che pei fanciulli ammessi in un ospizio appartengono di diritto all'intiera amministrazione, e di fatto sono esercitate dal capo di essa, che la rappresenta legalmente, si trasferiscono in questo caso in quello degli amministratori che viene designato.

Potrebbe mai reputarsi conforme a questo testo di legge lo scindere le funzioni attribuite al tutore, secondo la disposizione generale dell'art. 277, ritenendo che *la tutela personale* continui ad essere esercitata dall'intiero corpo

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 262, vol. I, § 585, pag. 928.

amministrativo dell'ospizio, e solo *l'amministrazione dei beni* proprii del ricoverato sia attribuita all'amministratore eletto? E come sarebbe ciò ammissibile, se anzi talvolta — come osservammo — può essere appunto il bisogno di cure speciali per la persona del ricoverato, o della rappresentanza da assumersi per lui in atti giudiziali o estragiudiziali, che costituisca quella *esigenza delle circostanze*, la quale secondo l'art. 262 può giustificare l'elezione d'uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore?

Anche meno accettabile parrebbe il pensiero che in ordine all'amministrazione stessa dei beni l'eletto ad esercitare le funzioni di tutore non avesse facoltà proprie e distinte, ma comuni con tutti gli altri amministratori, e fosse semplicemente incaricato di dare esecuzione a ciò che l'intiero corpo amministrativo stabilisse di fare. Reputiamo che ciò sarebbe in aperta opposizione collo scopo stesso della legge; imperocchè è appunto quando *le circostanze esigono* di affidare ad un solo degli amministratori dell'ospizio la cura della persona o il governo dei beni di un ricoverato, che si fa luogo all'elezione permessa dall'art. 262. E il sistema proposto, in luogo di semplificare e agevolare — come si vuole — l'andamento degli affari della tutela, lo renderebbe al contrario più complicato, lento e difficile.

Sembra pertanto che qualora, a norma del predetto articolo, venga designato uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore, egli assuma veramente e completamente la qualità legale di tutore. Resta però di rispondere all'altro quesito: le attribuzioni derivanti da questa qualità dovranno reputarsi regolate dalle norme comuni o da quali altre?

Accennammo in altro luogo che in questa specialità si trovano misti i caratteri della tutela legale e della dativa, in quanto che la tutela è attribuita dalla legge all'amministrazione dell'ospizio; ma questa ha facoltà di deferire la qualità e le funzioni di tutore ad uno degli amministra-

tori (1). Ciò stesso però esclude che nell'ufficio di questo amministratore delegato si riscontrino gli elementi d'una vera tutela dativa ordinaria. E non è infatti difficile scorgere differenze importanti, che passano tra quello e questa.

Nella tutela dativa comune, la facoltà attribuita al consiglio di famiglia per la nomina del tutore è affatto libera. Al contrario quando, a norma dell'art. 262, l'amministrazione d'un ospizio si determini a delegare l'esercizio delle funzioni di tutore, non può farlo che nella persona *d'uno degli amministratori*. Sarebbe completamente inefficace in diritto l'atto con cui l'amministrazione dell'ospizio, quale consiglio di tutela pei ricoverati, si arrogasse di nominare per qualcuno di essi un tutore estraneo.

L'ufficio della tutela, tanto se essa sia dativa, quanto se sia legittima o testamentaria, è per natura sua *obbligatorio*; e niuno se ne può esimere, se non per le cause espressamente determinate dalla legge. Può forse dirsi altrettanto delle funzioni di tutore d'un ricoverato, che siano deferite dall'amministrazione dell'ospizio a taluno degli amministratori? È da riflettere che appunto non potendosi in questa specialità deferire tali funzioni di tutore a chi non abbia la qualità di amministratore dell'ospizio, è ovvio quindi che questa qualità non avendo carattere obbligatorio, non possano averlo neppure le funzioni predette, che vengono a formarne una dipendenza. Colla massima contraria si stabilirebbe infatti una obbligazione che si renderebbe facilmente illusoria, col rinunziare all'ufficio di amministratore dell'ospizio.

L'ufficio del tutore ordinario, sia testamentario, legittimo o dativo, dura quanto lo stato di tutela dell'amministrato, se pure non si verifichi nel frattempo qualche causa speciale, che in virtù di disposizione della legge faccia cessare l'amministrazione del tutore. All'opposto le funzioni di tutore, deferite ad uno degli amministratori dell'ospizio,

(1) V. sopra, n. 39, pag. 139, 140.

cesserebbero necessariamente, quando per una causa qual che si fosse venisse egli a perdere questa qualità di amministratore dell'ospizio, da cui l'altra di tutore dei ricoverati dipende. Inoltre l'amministrazione dell'ospizio potrebbe sempre, quando lo reputasse opportuno, revocare la deliberazione con cui aveva eletto quell'amministratore ad esercitare le funzioni di tutore; appunto perchè si tratta di un incarico che, come attenente essenzialmente all'ufficio di membro d'una pubblica amministrazione, non può di natura sua considerarsi come irretrattabile. Non è dunque dubbio, che per quanto sia vero che l'amministratore delegato a quelle funzioni riveste, finchè gli restano attribuite, la qualità legale di tutore, l'ufficio suo non può però confondersi con quello d'un tutore dativo ordinario. Ma deriverà da ciò che le attribuzioni a lui spettanti non debbano essere determinate mediante l'applicazione delle regole comuni circa l'esercizio della tutela? A questa conclusione resisterebbe ciò che crediamo dimostrato; assumersi, cioè, legalmente dall'amministratore delegato la vera qualità di tutore. S'egli ha giuridicamente tale qualità, devono anche appartenergli i poteri ed incombergli gli obblighi che da essa generalmente derivano. Inoltre ricorre anche qui la stessa considerazione, che già facemmo relativamente alle attribuzioni ed ai doveri dell'amministrazione dell'ospizio, allorchè essa non abbia eletto alcuno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore. Le disposizioni di legge riguardanti questi oggetti non hanno, nè possono avere altro scopo che di provvedere convenientemente in ogni parte agl'interessi dell'incapace soggetto a tutela. Questo scopo è identico, o la tutela sia deferita all'amministrazione dell'ospizio in cui il minore si trovi ricoverato, o spetti ad altra persona: e identici sono pure generalmente i mezzi per ottenerlo, salvochè può avvenire che qualcuno di tali mezzi divenga eccezionalmente inapplicabile per essere esercitate le funzioni di tutore da uno degli amministratori d'un pubblico ospizio.

La conclusione di tutto ciò sarebbe dunque, che anche le attribuzioni, i poteri e gli obblighi degli amministratori eletti per esercitare le funzioni di tutore sui ricoverati in un ospizio, dovessero regolarsi colle norme generali stabilite dalla legge per l'esercizio della tutela; che a questo principio fosse da farsi eccezione per quelle sole disposizioni, che si trovassero inconciliabili colla qualità del tutore come amministratore d'un pubblico ospizio, o colla condizione del tutelato come ricoverato nell'ospizio medesimo.

110. Partendo dai premessi principii, non può riuscir malagevole il riconoscere quali siano particolarmente i diritti e le obbligazioni spettanti a quello degli amministratori d'un ospizio, che sia eletto ad esercitare le funzioni di tutore per un ricoverato. Egli avrà, senza dubbio, secondo la regola generale dell'articolo 277, *la cura della persona del minore, lo rappresenterà negli atti civili e ne amministrerà i beni*. E nell'esercizio di queste sue funzioni agirà senza bisogno di dipendere dall'intera amministrazione dell'ospizio, agente come consiglio di tutela, eccettuati quei casi nei quali in virtù delle norme comuni sia necessario riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, od inoltre l'omologazione del tribunale (art. 296, 301 codice civile).

In tutti gli atti civili, siano poi giudiziali o estragiudiziali, che occorrano pel minore ricoverato nell'ospizio, egli non potrà essere legalmente rappresentato da altri che da quello degli amministratori che sia stato eletto ad esercitare le funzioni di tutore; ferma sempre però la condizione che sia stata data l'autorizzazione dall'intero corpo amministrativo dell'ospizio e siano state adempite le altre forme abilitanti necessarie per quegli atti, i quali non siano lasciati in libera facoltà del tutore, secondo le regole generali sopra citate degli art. 296 e 301. Quanto alla *cura della persona del minore* ricoverato nell'ospizio, l'amministratore, al quale è specialmente affidata la tutela di lui, avrà tutte quelle

facoltà e dovrà compiere tutti quegli obblighi che relativamente a ciò vedremo esser proprii in generale d'ogni tutore. E quando avesse *gravi motivi di doglianza per la cattiva condotta del minore* predetto, ne riferirebbe all'amministrazione dell'ospizio, come consiglio di tutela, affinchè provvedesse; chiedendone anche, al bisogno, l'autorizzazione per provocare dal presidente del tribunale il provvedimento indicato nell'art. 222 (art. 279 codice civile). — Reciprocamente il ricoverato, qualora avesse giusti e gravi motivi di lamento contro il delegato alla tutela sua, per abusi di autorità che questi avesse commesso, o per trascuratezza di cui si rendesse colpevole, potrebbe ricorrere per gli opportuni provvedimenti al consiglio di tutela formato dall'intiero corpo amministrativo dell'ospizio (articolo 280 cod. civ.). In tutto ciò non vi è infatti nulla che devii dai motivi che hanno ispirate quelle disposizioni di legge per la tutela in generale; nulla che sia incompatibile colla qualità del tutore, come membro dell'amministrazione d'un ospizio, o colla condizione del tutelato come ricoverato nell'ospizio stesso. Ma il tutore ordinario — qualora il consiglio di famiglia non abbia esercitata la facoltà che gli è concessa dall'art. 278 cod. civ. — può stabilire, a suo prudente giudizio, il luogo ove il minore debba essere allevato e l'educazione che convenga dargli. Uguale libertà di determinazioni può forse appartenere a colui che dall'amministrazione d'un ospizio sia stato eletto per esercitare le funzioni di tutore sopra un ricoverato? Evidentemente no; perchè queste funzioni essendo in lui dipendenti dall'ufficio di amministratore dell'ospizio, non potrebbe mai nell'esercizio di esse prendere risoluzioni e fare atti che alle norme statutarie e regolamentari dello stabilimento non fossero conformi. Egli non potrebbe dunque certamente nè iniziare il ricoverato soggetto alla sua tutela ad una educazione diversa da quella che i regolamenti dell'ospizio consentissero, nè collocare il ricoverato medesimo fuori dello stabilimento, fosse pure per fargli apprendere un'arte o un

mestiere, salvo che fosse a tal uopo autorizzato dall'amministrazione.

Quanto all'amministrazione dei beni, che al ricoverato appartenessero, il delegato alle funzioni di tutore dovrebbe, prima d'intraprenderla, procedere alla formazione dell'inventario nei modi stabiliti dagli art. 281 e seguenti. Evidentemente la qualità sua di amministratore d'un pubblico ospizio non potrebbe costituire una ragione sufficiente per dispensarlo dall'adempimento di questa formalità, considerata come fondamentale in ogni tutela, al fine di far constare legalmente quali siano i beni costituenti il patrimonio di cui si deve render conto in fine dell'amministrazione.

Ma potrà dirsi applicabile ugualmente la regola dell'articolo 292, che assoggetta ogni tutore, eccettuati soltanto gli avoli paterno e materno, all'obbligo della cauzione, quando non ne sia stata conceduta dispensa per deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, omologata dal tribunale? Certamente, no. Quella regola è stabilita pei tutori ordinari, la cui gestione è destinata a durare normalmente quanto lo stato di tutela del minore; mentre lo esercizio delle funzioni di tutore, dipendendo qui dalla qualità di amministratore dell'ospizio, può cessare da un momento all'altro s'egli perda per qualunque causa tale qualità, od anche perchè l'amministrazione dell'ospizio revochi la delegazione che gli avea fatta di quelle funzioni. Quella regola è stabilita in considerazione della necessità di guarentire gl'interessi del minore contro i pericoli d'una gestione diretta, tenuta da un tutore, a cui è affidata la detenzione di tutte le sostanze del minore, e che potrebbe abusarne; mentre qui si tratta d'una tutela spettante veramente all'amministrazione dell'ospizio, ed esercitata da uno degli amministratori per semplice delegazione fattane a lui; d'una tutela in cui chi la esercita non ha la detenzione dei beni componenti il patrimonio del minore, i quali rimangono affidati all'amministrazione dell'ospizio; d'una tutela a garanzia della quale stanno le forme stesse amministra-

tive, da cui è protetta l'azienda propria dell'ospizio. Par chiaro adunque che in questa specialità si riscontri tale un complesso di circostanze eccezionali da non lasciar luogo ad applicare la regola stabilita dall'articolo 292 pei tutori ordinari.

V'è un altro provvedimento, che la legge generale impone, da attuarsi al cominciare della gestione tutoria; ed è di far vendere ai pubblici incanti i mobili del minore, se il consiglio di famiglia o di tutela non abbia autorizzato a conservarli in tutto od in parte, od anche a venderli ad offerte private (art. 290 cod. civ.). E questa regola sarebbe pure applicabile alla tutela esercitata a mente dell'art. 262; essendo manifesto trattarsi di cosa riguardante unicamente l'interesse patrimoniale del minore, e in cui non può avere una influenza qualsiasi la circostanza che la tutela sia esercitata da chi faccia parte d'una pubblica amministrazione, anzichè da una privata persona.

Per gli stessi motivi anche l'amministratore dell'ospizio, al pari d'ogni tutore ordinario, dovrebbe provvedere all'impiego degli avanzi delle rendite, ritratte dai beni del minore, nel tempo e nel modo che l'amministrazione, come consiglio di tutela, avesse stabilito, od altrimenti alla scadenza di tre mesi (art. 291, 294 cod. civ.); far iscrivere al nome del minore i titoli al portatore che si trovassero nel patrimonio di lui, se l'amministrazione non avesse deliberato che fossero convertiti in altro impiego (art. 298 cod. civ.); alienare e liquidare, nei modi e colle cautele che l'amministrazione avesse reputato opportuno di determinare, gli stabilimenti di commercio o d'industria che facessero parte del patrimonio del minore (art. 299 cod. civ.). È da ricordare, in fine, ciò che già sopra accennammo: essere applicabili anche alla gestione d'un amministratore dell'ospizio le regole generali, che per certi atti relativi all'amministrazione tutelare richiedono l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, e talora inoltre l'omologazione del tribunale (art. 296, 301 cod. civ.); e doversi in questi casi,

da quello degli amministratori che fu eletto ad esercitare le funzioni di tutore, riportare la speciale autorizzazione dell'intiero corpo amministrativo dell'ospizio.

Non è da escludere, però, che anche per quanto riguarda l'amministrazione dei beni possa in qualche caso verificarsi l'inapplicabilità di regole generali stabilite dalla legge per l'esercizio della tutela, perchè esse si trovino inconciliabili coll'esser questa affidata ad amministratori d'un ospizio pubblico. Così l'art. 287 prescrive che i valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi, che si trovino nel patrimonio del minore, debbano essere depositati in una pubblica cassa. Ma trattandosi di tutela appartenente all'amministrazione d'un ospizio, che ha impiegati responsabili incaricati di custodire i valori spettanti all'amministrazione stessa, par chiaro che i motivi di quell'articolo 287 non siano applicabili al caso speciale, per quanto concerne semplicemente il deposito e la custodia dei valori in numerario o in carte al portatore appartenenti ai ricoverati; e che perciò quei valori possano rimanere consegnati al cassiere dell'ospizio, finchè l'amministrazione non abbia stabilito, deliberando come consiglio di tutela, il modo in cui debbano essere impiegati, collocandoli presso la cassa di risparmio, od altrimenti.

111. Ad esaurire questo argomento dobbiamo ancora trattare delle cause per le quali possa cessare l'ufficio tutelare spettante all'amministrazione sui minori ammessi nell'ospizio. Quanto alla cessazione speciale dell'ufficio di quello tra gli amministratori, che sia stato eletto ad esercitare le funzioni di tutore, notammo precedentemente come essa possa avvenire, o perchè il delegato perda, per una causa qualsiasi, la qualità d'amministratore dell'ospizio, o perchè l'amministrazione revochi la delegazione che gli aveva data. Ma ora è della cessazione della tutela di un ricoverato, rispetto all'amministrazione stessa da cui era stato accolto, che intendiamo parlare. E le cause, da cui

tale cessazione può derivare, sono da distinguersi in *assolute* e *relative*, secondochè sia il ricoverato stesso che passi dallo stato di tutela ad uno diverso, o, rimanendo egli nel medesimo stato, la tutela cessi soltanto di appartenere all'amministrazione dell'ospizio, passando ad altri. Alla prima di queste categorie sono da assegnarsi: 1° la morte del ricoverato; 2° la maggiore età da lui raggiunta; 3° la emancipazione di diritto, o formale, ch'egli ottenga; 4° la legittimazione che ne sia fatta.

Le cause di cessazione relativa, consistenti per la tutela ordinaria nella morte del tutore, nella sopraggiunta incapacità o nella rimozione di lui, nella dispensa ch'egli ottenga e nell'assenza sua, per cui la tutela rimanga abbandonata, non possono, com'è evidente, avere alcuna applicazione trattandosi di tutela spettante ad un corpo morale. Possono verificarsi però altre cause, per le quali cessi la tutela dell'amministrazione dell'ospizio, sebbene il ricoverato rimanga tuttora in istato di tutela; e sono le seguenti:

1° quando il ricoverato, ammesso nell'ospizio come figlio di genitori ignoti, venga in seguito riconosciuto per figlio naturale dal padre, o dalla madre, o da amendue;

2° quando il ricoverato essendo stato sottoposto alla tutela dell'amministrazione dell'ospizio, perchè all'atto di sua ammissione non avesse tutore, nè parenti conosciuti e capaci di tale uffizio, si presenti dopo un tutore legittimo, od un parente a cui possa essere deferito l'ufficio di tutore.

Nella legge francese era detto espressamente: “ La tutela “ dei fanciulli ammessi negli ospizi durerà fino alla mag- “ giorità od alla emancipazione ch'essi ottengano per ma- “ trimonio o altrimenti „. E sebbene un tale principio non si trovi formulato nel nostro codice, non è però meno certo; poichè fino a quando duri lo stato di tutela del ricoverato, il quale d'altronde nè avesse già, al tempo della sua ammissione nell'ospizio, un tutore testamentario o dativo, nè abbia un tutore legittimo od almeno un parente conosciuto e capace dell'uffizio di tutore, il ricoverato

medesimo non può essere soggetto ad altra tutela che a quella dell'amministrazione dell'ospizio, secondo la disposizione testuale dell'art. 262.

L'emancipazione, come vedremo a suo luogo, può avvenire *di diritto* col matrimonio che il minore contragga (art. 310 codice civile), o *per atto formale*, a norma degli articoli 311 e 312. Il primo modo di emancipazione non può avverarsi pel minore ammesso in un ospizio e soggetto alla tutela dell'amministrazione di esso, se non col consenso dell'amministrazione medesima; poichè tale consenso è necessario affinchè il minore ricoverato possa contrarre il matrimonio (art. 65 e 66 codice civile). Avvenuta però la celebrazione del matrimonio, è cessata oramai ogni dipendenza del minore dallo stabilimento in cui fu ricoverato; se è donna, essa è passata sotto l'autorità del marito, che ne è divenuto il curatore legale (art. 315, § 3, cod. civ.); se è uomo, si è fatto egli stesso capo di famiglia; in ogni caso sono sciolti i vincoli che legavano il ricoverato allo ospizio da cui era stato accolto, e sciolti così definitivamente da non poter ricadere mai più sotto la tutela dell'amministrazione di quell'ospizio, poichè l'emancipazione di diritto non è revocabile come lo è l'emancipazione espressa (art. 321 cod. civ.). Da tutto ciò pensiamo potersi dedurre, che quando il minore ricoverato in un ospizio abbia contratto matrimonio, non solo cessi definitivamente e irretrattabilmente, come non è dubbio, la tutela a cui egli era soggetto; ma l'amministrazione dell'ospizio non possa neppur più agire come consiglio di tutela per lui. Cosicchè per nominargli il curatore, quando sia d'uopo, secondo l'art. 315, § 2, e per dargli successivamente le autorizzazioni di cui si presenti il bisogno per gli atti contemplati dall'articolo 319, debba costituirsi il consiglio di famiglia colle norme stabilite dagli art. 252 e 253, qualora il minore abbia uno stato legittimo, o un consiglio di tutela giusta il disposto dall'art. 261, se si tratti di persona nata fuori di matrimonio. I dubbi che potessero sollevarsi intorno

a ciò riguarderebbero principalmente la nomina del curatore; potendo a primo aspetto parer naturale che al momento in cui il ricoverato si scioglie dalla tutela dell'amministrazione, sia questa che debba destinargli chi lo assista come curatore. Ma a tale obbiezione crediamo non difficile il rispondere: che la nomina del curatore non può farsi se non quando l'emancipazione sia già avvenuta; che nel caso in esame questa non si compie se non colla celebrazione del matrimonio contratto dal minore; che in virtù di quest'atto medesimo cessa ogni vincolo di dipendenza da parte del ricoverato verso l'ospizio in cui era stato accolto; che dunque non avrebbe alcun fondamento, in questo stato di cose, l'autorità che si volesse attribuire alla amministrazione dell'ospizio per nominare un curatore a chi non dipende più in nessun modo da lei.

Che anche per un minore ricoverato in un pubblico ospizio, e soggetto alla tutela dell'amministrazione di esso, possa aver luogo l'emancipazione espressa, è incontrovertibile. Le disposizioni degli art. 311 e 312, che ammettono potersi emancipare *il minore che abbia compiuto il diciottesimo anno*, mediante dichiarazione fatta dal genitore davanti al pretore, o mediante deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela, sono espresse in termini così generali da non potersi escludere che l'amministrazione d'un ospizio, in cui si trovi ammesso un minore, il quale però abbia compiti i diciotto anni, deliberando come consiglio di tutela, in virtù dell'art. 262, possa emancipare questo minore. D'altra parte, se vi son casi nei quali l'emancipazione d'un minorenne possa riuscire utile, sono appunto questi; in cui si tratta di persone alle quali tarda di uscire dallo stato in cui la sventura le ha poste, e per le quali può divenire necessario lo svincolarsi più presto dalla tutela, al fine di spiegare liberamente la propria attività per provvedere a sè stessi. Infine è tolta ogni possibilità di dubbio dalla esplicita disposizione dell'art. 313, in cui, come altrove accennammo, si è stabilito che appunto pel caso di eman-

cipazione da farsi di minori ammessi in ospizi pubblici il consiglio di tutela, formato dall'amministrazione dell'ospizio, debba per eccezione essere presieduto dal pretore.

Quando pertanto una tale emancipazione si effettui, cessa per ciò stesso la tutela, che spettava sul ricoverato all'amministrazione dell'ospizio. Ma ben può domandarsi se allora quest'amministrazione conserverà almeno, rispetto all'emancipato, l'ufficio di consiglio di tutela; se quindi spetterà a lei nominargli il curatore, e prestargli, finchè non abbia raggiunta la maggiore età, l'autorizzazione che divenisse necessaria per alcuno degli atti di cui parla l'art. 319. E pensiamo che in questo caso, a differenza del precedente, in cui si trattava dell'*emancipazione di diritto*, la risposta debba esser affermativa. Nè mancano, per quanto pare a noi, le ragioni che questa differenza giustifichino. Le considerazioni dello stato di famiglia, in cui si è posto il minore emancipato col matrimonio, sulle quali ci parve fondarsi rettamente lo scioglimento d'ogni vincolo di dipendenza del minore predetto verso l'ospizio in cui era ricoverato, non possono più allegarsi allorchè si tratti d'emancipazione espressa. E tanto meno sarebbe ammissibile il concetto di una simile indipendenza, a fronte della revocabilità dell'emancipazione a norma del già citato art. 321. Se, come non è dubbio, quando gli atti del minore emancipato lo dimostrino incapace di amministrare, dev'essere in facoltà dell'amministrazione dell'ospizio di privarlo del beneficio che gli aveva conceduto, e richiamarlo sotto la propria tutela, è dunque dimostrato da ciò stesso che non era cessata ogni dipendenza del minore dall'amministrazione che lo aveva emancipato; ed è quindi coerente che quest'amministrazione possa agire per lui come consiglio di tutela anche dopo l'emancipazione, sia per nominargli il curatore, sia per dare l'autorizzazione necessaria per gli atti che eccedano la semplice amministrazione.

Un'altra causa di cessazione assoluta della tutela, spettante all'amministrazione d'un ospizio sulle persone in esso

ricoverate, dicemmo poter consistere nella legittimazione che si effettui in favore di tali persone. Se un minore, ammesso come figlio di genitori ignoti in un ospizio, sia più tardi legittimato per susseguente matrimonio dei suoi genitori, o per decreto reale, egli acquista dal giorno del matrimonio o del riconoscimento, o dal giorno dell'ottenuto decreto, lo stato di figlio legittimo (art. 197 e 201 cod. civ.). Egli uscirà allora dall'ospizio, passando sotto la potestà dei proprii genitori o del genitore legittimante. Nessuna opposizione potrebbe certamente farsi dall'amministrazione ai genitori che reclamassero il proprio figlio; e l'amministrazione stessa avrebbe diritto di costringerli a rilevarlo, qualora non lo domandassero. Secondo un'autorevole opinione l'ospizio avrebbe anzi azione per ottenere dai genitori, qualora ne avessero i mezzi, il risarcimento delle spese sostenute pel ricoverato (1); il che però ci sembra per lo meno assai dubbio. È solo dal giorno della legittimazione che il legittimato ha acquistati i diritti di figlio legittimo; è quindi solo da quel giorno che è cominciata l'obbligazione dei genitori verso di lui per la somministrazione degli alimenti. D'altra parte l'ospizio non ha fatto che adempiere un obbligo di suo istituto mantenendo il ricoverato finchè non aveva genitori conosciuti. Su che mai potrebbe trovar fondamento l'azione di rimborso? La quale azione poi, se la legge l'ammettesse, potrebbe recare il grave danno di distogliere i genitori dal proposito della legittimazione, che la legge deve invece favorire quanto sia possibile per motivi di moralità e d'ordine pubblico. Comunque sia di ciò, è certo che quando il ricoverato esca dall'ospizio, a cui cessi d'appartenere, anche volendo per un momento prescindere dalla considerazione ch'egli passa sotto la patria potestà del genitore che lo ha legittimato, deve perciò solo cessare la tutela, che spettava all'amministrazione sopra di lui: perciocchè questa tutela, secondo

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 262, vol. I, § 585, pag. 928.

l'art. 262, dipende essenzialmente dal vincolo di appartenenza del minore all'ospizio nel quale è ammesso. Certamente non bisogna interpretare troppo alla lettera le espressioni dell'articolo, laddove dice che: " I fanciulli " ammessi negli ospizi sono confidati all'amministrazione " dell'*ospizio in cui si trovano* „. Non si può intenderle nel senso che la tutela dell'amministrazione non duri che fino a quando quei fanciulli siano materialmente presenti nello stabilimento. E quand'anche per disposizione dell'amministrazione essi fossero collocati in altro stabilimento, o presso un capo officina o maestro, la tutela dell'ospizio continuerebbe nondimeno sopra di loro. Ma quando invece cessino affatto di essere dipendenti dall'amministrazione; quando nè questa nè altri per conto di lei abbia in custodia i fanciulli che furono prima ricoverati nell'ospizio, è troppo chiaro che la tutela dell'amministrazione non ha più alcuna ragione di essere.

Ma supposto pure, per caso eccezionale, che il minorenne legittimato dai genitori continuasse ad essere ricoverato nell'ospizio, è evidente però che la tutela dell'amministrazione sarebbe cessata necessariamente dal momento stesso in cui la legittimazione avesse cominciato a produrre i suoi effetti. Uno di questi è di assoggettare il legittimato minorenne alla patria potestà del genitore legittimante. Ora patria potestà e tutela non possono coesistere; e se, come dicemmo altrove, la disposizione dell'art. 262 è per natura sua assolutamente inapplicabile ai fanciulli che all'atto di loro ammissione nell'ospizio siano soggetti a patria potestà (1), per la stessa ragione quando il minore già ammesso nell'ospizio venga assoggettato alla patria potestà, la tutela dell'amministrazione deve inevitabilmente cessare.

Poniamo ora il caso che il fanciullo, raccolto nell'ospizio come figlio di genitori ignoti, venga in seguito, non legittimato, ma semplicemente riconosciuto quale figlio natu-

(1) V. sopra, n. 104, pag. 444, 445.

rale da ambidue i genitori o da uno di essi. Anche allora egli uscirà dall'ospizio, e saranno applicabili le stesse considerazioni e le massime che esponemmo superiormente, e la tutela di lui non sarà più quindi affidata all'amministrazione. Se poi quel minore, anche dopo essere stato riconosciuto dai genitori naturali, rimanesse nell'ospizio, pensiamo tuttavia ch'egli non sarebbe più soggetto alla tutela dell'amministrazione. È vero che dallo stato di tutela egli non è uscito pel riconoscimento che ottenne; perchè ai genitori naturali non è attribuita sui figli la patria potestà civile, ma la semplice tutela legale, come dispone l'articolo 184. Nondimeno reputiamo che questa debba ancora, secondo ragione e secondo lo spirito della legge, prevalere su quell'altra specie di tutela legale che è stabilita dall'articolo 262, e farla cessare. Solamente la causa di tale cessazione sarà *relativa*, invece di essere *assoluta*. È questa l'unica conseguenza che possa dedursi razionalmente dalla considerazione che il minore non abbia, nel caso supposto, cangiato il proprio stato di tutela divenendo soggetto a patria potestà. La prevalenza, che diciamo doversi riconoscere per la tutela legale dei genitori naturali, a fronte della tutela dell'ospizio, è infatti giustificata da quelle stesse ragioni che accennammo parlando del caso che all'atto di sua ammissione il ricoverato fosse già riconosciuto legalmente dai suoi genitori o da uno di essi, che fosse vivente e capace (1). Si opporrà forse che nel caso attuale la questione non cade intorno all'attribuirsi o no all'ospizio la tutela d'un ricoverato allorchè vi venga ammesso, ma intorno al doversi far cessare la tutela già spettante all'amministrazione, e che per principio fondamentale chi è investito dell'ufficio di tutela non può esserne privato se non per le cause espressamente determinate dalla legge, cioè per sopravvenuta incapacità, rimozione o dispensa? Ma questo principio riguarda evidentemente la sola tutela ordi-

(1) V. sopra, n. 105, pag. 448, 449.

naria. Quella che è stabilita dall'art. 262 è invece una specie affatto eccezionale di tutela, ammessa solo in supplemento, quando non vi sia tutore testamentario nè legittimo; e che non è preferita alla stessa tutela dativa se non pel caso in cui il ricoverato non abbia alcun parente conosciuto e capace dell'uffizio di tutore. Non è dunque ad essa che possa applicarsi il principio, che una volta conferita ad una persona non possa esserle ritolta, se non per cause speciali espressamente stabilite dalla legge. Al contrario, è perfettamente ragionevole e conforme allo spirito della legge, quantunque ne manchi una disposizione esplicita in proposito, che quando, anche dopo cominciata la tutela dell'amministrazione dell'ospizio sopra un ricoverato, venga a verificarsi quello stato di cose che, se si fosse presentato all'atto dell'ammissione di lui, non avrebbe lasciato luogo a quella eccezionale tutela, si debba ritornare alle condizioni normali, affidando la tutela del ricoverato a quella persona a cui la legge la volle attribuita di preferenza. Una massima opposta sarebbe manifestamente tutt'altro che propizia agl'interessi del tutelato, i quali pure formano il solo scopo di tutte le disposizioni della legge nella materia di cui trattiamo. Queste riflessioni reputiamo bastanti a giustificare anche l'ultima delle cause sopraccennate di cessazione relativa della tutela dell'ospizio; che, cioè, questa cessazione debba avvenire allorchè si presenti, dopo l'ammissione del ricoverato, un parente capace dell'ufficio di tutore, che non fosse conosciuto al momento di quell'ammissione. Tanto maggiormente esse debbono valere quando si tratti della tutela legale dei genitori, la quale è così superiore alla tutela ordinaria, che fu parificata nella massima parte dei suoi attributi alla patria potestà.

Sezione III.

Del protutore.

Sommario. — 112. Origine, scopo ed uffici della protutela. — 113. Diverse specie di protutela ammesse dalla nostra legge. — 114. Della protutela testamentaria. — 115. Della protutela dativa. — 116. In qual tempo debba farsi la nomina del protutore dativo. — 117. Conseguenze derivabili dall'essere stato intrapreso l'esercizio delle funzioni di tutore prima della nomina del protutore. — 118. In quali casi il protutore agisca pel minore e lo rappresenti. — 119. Uffici del protutore in caso di tutela vacante o abbandonata. — 120. Responsabilità che può spettare al protutore per l'inadempimento degli uffici che gli sono attribuiti dalla legge. — 121. Per quali cause possa cessare la protutela.

112. La *protutela*, com'è istituita nel diritto nostro, forma parte organica del complessivo ordinamento degli uffici tutelari, a cui accennammo in principio di questa trattazione (1). Il nome di *protutore* ha quindi presso noi un significato diverso da quello che gli si attribuiva in diritto romano, dove quel nome si applicava a chi esercitasse le funzioni di tutore, o reputando erroneamente di averne la qualità, o sapendo di non averla, ma fingendo di esser tutore; il che corrisponderebbe a quella che appellammo *tutela di fatto* (2).

L'origine di tale istituzione è nel diritto consuetudinario francese, che l'aveva stabilita principalmente per provvedere agl'interessi del minore, quand'essi si trovassero in opposizione con quelli del tutore, mentre nei paesi di diritto scritto facevasi luogo invece per tali casi alla nomina di un curatore speciale. Allora però non si dava a quel funzionario il nome di *protutore*, ma quello di *surrogato tutore*, e in alcuni luoghi di *curatore*. Ed anche nel codice Napoleone fu adottata la stessa denominazione di

(1) V. sopra, n. 17, pag. 50.
(2) V. sopra, n. 20, pag. 59, 60.

tutore surrogato (art. 420 e seg. cod. Franc.), mentre chiamavasi *protutore* quello a cui si affidasse “ l'amministrazione “ speciale dei beni che il minore domiciliato in Francia “ possedesse nelle colonie o reciprocamente „ (art. 417 cod. Franc.); e ritenevasi anzi che questo protutore avendosi a considerare come investito d'una tutela distinta, anzichè di una parte dell'ufficio tutorio, dovesse quindi avere esso pure il proprio *tutore surrogato*. I compilatori del nostro codice, avendo respinto il concetto di dividere l'amministrazione tutoria affidando ad un tutore speciale il governo dei beni che il minore domiciliato nel regno possedesse in paese estero (1), stimarono poi che la denominazione di *protutore* potesse con maggiore proprietà applicarsi a quello che nel codice Francese dicevasi *tutore surrogato*.

L'istituzione di questo ufficio ebbe fin dalla sua origine e conservò nel codice Napoleone tre scopi distinti, i quali nondimeno si riassumevano tutti in un solo concetto: che il surrogato tutore dovesse essere vigilante e contraddittore legittimo del tutore ordinario. Le sue funzioni consistevano pertanto nel vegliare sull'esercizio della tutela; nel rappresentare il minore in quei casi nei quali l'interesse di lui si trovasse in conflitto con quello del tutore; nel provvedere in caso di tutela vacante o abbandonata, provocando la nomina d'un nuovo tutore. Queste stesse idee erano state accolte nel codice pel regno delle Due Sicilie, che negli articoli 342 al 348 recava le stesse disposizioni degli articoli 420 al 426 del codice Francese.

I codici Parmense ed Estense non avevano l'istituzione del *protutore;* ma autorizzavano i *tutori onorari*, cioè quelli, fra i tutori dati per testamento, che in forza delle disposizioni stesse del testatore, o per decisione del giudice, non restassero incaricati dell'amministrazione effettiva, d'*invigilare sulla condotta dei tutori* che amministravano, e pro-

(1) V. sopra, n. 15, pag. 42.

muoverne anche la rimozione, se ne fosse caso, e di *esercitare l'autorità di tutore speciale* in tutti gli atti nei quali l'interesse del tutore, non avente contutori nell'amministrazione, fosse in opposizione con quello dello amministrato; riserbato al giudice, quando vi fossero più tutori onorari, di destinare tra essi il *tutore speciale* (art. 251 cod. Parm., 284 cod. Est.).

Il codice Albertino (art. 278-285) adottò la istituzione del surrogato tutore, cambiandone la denominazione in quella di *protutore;* ed attribuendogli quegli stessi tre uffici principali che sopra indicammo, tra i quali quello d'*invigilare la gestione tutelare.* Nel codice attuale fu pure mantenuto il concetto fondamentale, che in ogni tutela e per tutta la durata di essa debba essere posto a fianco del tutore un altro funzionario col titolo di protutore. Ma nel definirne le attribuzioni furono notabilmente modificate quelle che gli erano assegnate dall'art. 278 del codice Albertino. Si ripetè bensì che " il protutore agisce pel " minore e lo rappresenta nei casi in cui l'interesse di " questo sia in opposizione con quello del tutore „ e che " è pur tenuto di promuovere la nomina di un nuovo " tutore in caso di tutela vacante od abbandonata „. Ma si aggiunse che " frattanto egli rappresenta il minore e " può fare tutti gli atti conservativi ed anche gli ammini- " strativi che non ammettono dilazione „; e si tacque poi affatto di quell'ufficio, che gli attribuiva espressamente il codice Albertino, d'*invigilare la gestione tutelare* (art. 266 cod. civ.). E quest'ultima parte di disposizione, la quale pure era compresa nell'art. 235 del progetto presentato dal Ministero, venne poi soppressa con intendimenti che dall'illustre relatore della Commissione senatoria furono espressi nelle seguenti parole: " Fra le funzioni del pro- " tutore il progetto pone in primo luogo quella di *vegliare* " *l'amministrazione del tutore, e di promuovere presso il* " *consiglio di famiglia i provvedimenti che stimasse necessari* " *od utili* (art. 235 del prog.).

“ Sebbene a prima giunta sembri molto opportuna “ quest'attribuzione data al protutore, tuttavia, se ben si “ guarda alle probabili sue conseguenze, si scorgerà di “ leggieri che essa pone il seme di continua diffidenza tra “ il tutore ed il protutore, e genera un antagonismo che “ non può non essere dannoso all'andamento della tutela, “ la quale è missione di fiducia, e deve mantenere questo “ suo nobile carattere. Gli effetti dell'ispezione del protu- “ tore, a supporre ch'essa non giaccia lettera morta nella “ legge, non possono essere altri, se non d'inceppare “ l'amministrazione tutoria, e di affievolire la responsabi- “ lità del tutore col dividerla, invece di rinvigorirla col “ concentrarla. L'ufficio di vigilanza sulla gestione del “ tutore appartiene al consiglio di famiglia, ed è suffi- “ ciente. Il protutore non è chiamato dalla sua prima “ origine se non a rappresentare il minore nei casi in cui “ sorga conflitto d'interesse tra lui ed il tutore.

“ Queste considerazioni inducevano la Commissione a “ sopprimere la prima parte dell'articolo 235 del pro- “ getto „ (1).

Tali motivi non parvero a qualche interprete abbastanza gravi per giustificare il concetto adottato dai nostri legislatori; concetto che si definiva ritenendo essere affatto escluso il potere di vigilanza del protutore (2); contro ciò ch'era stato detto da qualcun altro, il quale aveva enunciato come principale ufficio del protutore il *sorvegliare l'amministrazione del tutore* (3).

Tra queste due opinioni se ne produsse una terza: secondo cui “ l'ufficio del protutore è principalmente distinto “ nella sua *sorveglianza continua sull'amministrazione, non* “ *per ingerirsene, ma per accorrere prontamente ad ogni* “ *bisogno, quando l'ordinaria protezione istituita al minore*

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 80.
(2) V. Buniva, vol. II, pag. 244-246, nota 1.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 584.

“ *mancasse* „ (1). E sembra che questo sia veramente il concetto più esatto, più conforme agli intenti manifestati nel brano che riferimmo della Relazione senatoria.

Il codice Francese non aveva disposizione espressa, che attribuisse al protutore un potere di sorveglianza sulla gestione del tutore. Nondimeno la dottrina lo argomentava da altre disposizioni di quel codice, e specialmente dall'art. 470; secondo cui il tutore *poteva essere obbligato, anche durante la tutela, a rimettere al surrogato tutore gli stati dei conti di sua amministrazione alle epoche che il consiglio di famiglia avesse stimato opportuno di fissare.* Nel progetto ministeriale pel nostro codice trovandosi espressamente indicato, all'art. 235, come primo e principale ufficio del protutore il “ *vegliare l'amministrazione del tutore,* “ *e promuovere presso il consiglio di famiglia i provvedi-* “ *menti creduti necessari od utili* „, ed essendo poi soggiunto nell'art. 273 che “ il tutore dovesse ogni anno presentare “ *al protutore* gli stati della sua amministrazione „, ne nasceva naturalmente il pensiero che al protutore si volesse attribuire una ingerenza intima sulla gestione tutoria, una facoltà d'indagini, che potessero estendersi fino ai più minuti particolari. Fu contro questo concetto che si levò giustamente la Commissione senatoria, notando gli inconvenienti che potevano derivarne, d'una continua diffidenza, di facili conflitti tra tutore e protutore, d'incaglio al corso dell'amministrazione, d'indebolimento dell'autorità tutoria. E fu per tali viste che l'aggiunta fatta nel progetto ministeriale venne soppressa, e corrispondentemente si modificò la disposizione dell'art. 273, che divenne poi il 303 del codice attuale, stabilendo che gli *stati annuali d'amministrazione* dovessero essere presentati, non al protutore, ma al consiglio di famiglia. Quello pertanto che si volle togliere al protutore fu solo una tale ingerenza sulla gestione, che attribuendogli necessariamente il diritto di

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 266, vol. I, § 388, pag. 932.

esigere dal tutore la comunicazione dei più intimi particolari, e quasi una partecipazione attiva e continua nel governo delle sostanze del tutelato, avrebbe potuto dar luogo a conflitti, a lentezze nel procedimento dell'amministrazione, e a diminuire effettivamente la responsabilità dividendola.

Con tutto ciò non s'intese per altro di negare al protutore un potere di sorveglianza generale sull'andamento della tutela, che, attenendosi a quanto ne apparisse esteriormente, e senza potersi spingere ad un sindacato che sottomettesse il tutore quasi ad un'autorità superiore del protutore, permettesse tuttavia a quest'ultimo di concorrere efficacemente alla protezione del minore, provocando dal consiglio di famiglia anche contro il tutore, quando occorresse, ogni provvedimento necessario od opportuno. Ciò è dimostrato infatti da parecchie disposizioni del codice, le quali non troverebbero una spiegazione, supponendo estraneo alle funzioni del protutore ogni ufficio di vigilanza sulla gestione del tutore. Così il protutore è tra le persone alle quali, secondo l'art. 257, spetta il diritto di richiedere la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela, per proporgli deliberazioni da prendere nell'interesse del minore. Come potrebb'egli far ciò senza tener dietro all'andamento dell'amministrazione per riconoscerne i bisogni, a cui non si curasse di provvedere il tutore? La elezione del protutore dee farsi *immediatamente dopo* quella del tutore, il quale prima della nomina del protutore *non può assumere l'esercizio* della tutela (art. 264, § 2, 265, § 1, cod. civile). Colla nomina d'un nuovo tutore cessano di diritto le funzioni del protutore, e il consiglio deve procedere a nuova nomina anche di questo, il quale però può essere rieletto (art. 267 cod. civ.). Quale ragione vi sarebbe di queste prescrizioni così rigorose, se l'amministrazione del tutore fosse esente da ogni sorveglianza per parte del protutore? Oltre a ciò vi sono alcune speciali incombenze affidate dalla legge al protutore, le quali gli

attribuiscono una vigilanza sull'operato del tutore in certi particolari rapporti; quali son quelle di assistere alla formazione dell'inventario generale dei beni del minore, o dell'inventario particolare degli stabilimenti industriali o commerciali che facciano parte del patrimonio di lui (articoli 282, 284 cod. civ.) e di curare che sia iscritta sui beni del tutore l'ipoteca legale (art. 1983 cod. civ.).

La conclusione nostra sarebbe dunque: che non sia tra gli uffici speciali, assegnati dalla legge al protutore, quello di vegliare sull'amministrazione tutelare; che perciò non gli competa alcuna autorità, in virtù di cui possa assoggettare il tutore ad un sindacato sulle particolari operazioni della gestione di lui; che non pertanto gli sia lecito, e sia conforme anzi alla missione sua, l'esercitare sull'amministrazione tutoria quella sorveglianza generale, che è indispensabile per dargli modo di promuovere prontamente ad ogni occorrenza i provvedimenti di cui si manifesti la necessità nell'interesse del minore, valendosi della facoltà concessagli dall'art. 257, di far convocare all'uopo il consiglio di famiglia.

Da ciò che abbiamo detto par facile il dedurre quale sia veramente lo scopo, quali siano gli uffici della protutela. La legge, che pone il minore in una condizione di completa incapacità personale agli atti della vita civile che possano occorrergli, doveva poi ordinare le cose in guisa che al minore medesimo non mancasse mai in nessun momento della tutela chi avesse a rappresentarlo in quegli atti, a curarne la persona, ad amministrarne i beni. Ciò non sarebbesi sempre ottenuto colla sola opera del tutore; potendo accadere ch'egli venga per qualunque causa a mancare, e lasci la tutela vacante o abbandonata, o che non possa in certi atti rappresentare il minore trovandosi in opposizione di interessi con lui, o che trascuri dolosamente o colposamente i proprii doveri. Conveniva dunque porgli a fianco altra persona, la quale avesse per ufficio di assumere ad ogni occorrenza la rappresentanza

e la protezione del minore. Tale è pertanto lo scopo primo di questa istituzione. E coerentemente gli uffici principali del protutore consistono nel supplire alla tutela vacante o abbandonata, promuovendo la nomina d'un nuovo tutore, e frattanto curando la persona del minore, rappresentandolo negli atti civili, e amministrandone provvisoriamente i beni; nel rappresentarlo pure, durante l'esercizio dell'ufficio del tutore, in quegli atti nei quali gli interessi di questo siano in opposizione con quelli del minore; da ultimo nel promuovere, anche mentre il tutore esercita l'ufficio suo, quei provvedimenti che nell'interesse del minore siano necessari od utili, esercitando la facoltà conferitagli dall'art. 257, § 1.

Le considerazioni che indicammo, come determinanti lo scopo e gli uffici della protutela, sono manifestamente applicabili per qualunque sia la specie della tutela. Epperò non potrebbesi porre in dubbio che ad ogni tutore, sia poi testamentario, legittimo o dativo, debba essere dato un protutore; il che d'altronde risulta confermato anche espressamente dalle disposizioni degli articoli 264 e 265. Ciò però deve riferirsi alla sola tutela ordinaria. Quella tutela legale, che l'art. 184 deferisce ai genitori sui figli naturali da essi riconosciuti, non ammette protutela. Nè ciò dee fare meraviglia, trattandosi di tale tutela che esce affatto dalle norme comuni, e che, secondo la disposizione ora ricordata, si regola quasi totalmente colle massime stabilite per l'esercizio della patria potestà, colla quale ogni idea di protutela è affatto inconciliabile. È vero che quella del genitore naturale è però sempre una vera tutela, alla quale debbono pertanto essere applicabili le regole comuni, in quanto la legge non vi abbia espressamente o implicitamente derogato (1). È vero eziandio, che mentre nell'art. 261 *il caso di tutela legale esercitata dal genitore a norma dell'art.* 184 fu espressamente eccettuato dalla

(1) V. vol. VI, parte II, n. 154, pag. 453 e seg.

regola, che *nell'interesse delle persone nate fuori di matrimonio debba costituirsi un consiglio di tutela*, non si fece una simile eccezione rispetto all'altra massima che ogni tutore debba avere un protutore. Ma resta appunto a vedersi se a questa regola generale non sia derogato, implicitamente almeno, in virtù di qualche altra disposizione concernente la tutela legale dei genitori naturali; sicchè divenisse superfluo il ripetere questa eccezione nelle disposizioni relative al protutore. E precisamente una tale derogazione ci sembra che si riscontri manifestissima nel disposto del predetto art. 184, dove, fra le altre regole della patria potestà che si dichiarano applicabili alla tutela legale dei genitori naturali, è citata anche quella dell'art. 224, secondo cui " nascendo conflitto di interessi tra i figli sog- " getti alla stessa patria potestà, o tra essi ed il padre, " *sarà nominato ai figli un curatore speciale* ". È evidente che ciò è in diretta opposizione colla regola dell'art. 266, per la quale nell'identico caso di interessi tra il tutore e l'amministrato è affidata la rappresentanza di quest'ultimo al protutore; che dunque l'articolo 184, rendendo affatto inapplicabile al caso della tutela legale in esso contemplato uno dei principali uffici che sono proprii del protutore, deroga implicitamente e necessariamente per tal caso alla regola stessa che in ogni tutela debba esservi un protutore.

113. Il codice Napoleone (art. 420) e parimente quello pel regno delle Due Sicilie (art. 342) stabilivano che il *tutore surrogato* dovesse sempre essere nominato dal consiglio di famiglia. L'ufficio di surrogato tutore non poteva dunque essere testamentario o legittimo, com'era ammesso per la tutela. Veramente, se alla morte del marito trovandosi incinta la moglie, il consiglio avesse nominato un *curatore al ventre*, alla nascita del figlio questo curatore diveniva *ipso iure* surrogato tutore (art. 393 del cod. Fr., 315 cod. D. S.), ma questo ufficio aveva ancora

un carattere *dativo;* poichè il suo conferimento aveva origine da una nomina fatta dal consiglio di famiglia.

Per giustificare questa massima, che l'ufficio di surrogato tutore dovesse essere esclusivamente *dativo*, allegavasi la considerazione che nel sistema adottato da quelle legislazioni la sorveglianza sulla gestione tutelare era affidata principalmente al surrogato tutore, non potendo esercitarla direttamente il consiglio di famiglia, il quale non era un corpo permanente e non era convocato che di rado per occasione di particolari deliberazioni che avesse a prendere. In questa parte il surrogato tutore era perciò la persona in cui il consiglio doveva riporre la sua fiducia per vigilare sulla condotta del tutore; epperò nulla era più naturale che la scelta di quel funzionario dovesse farsi dal consiglio medesimo. D'altronde l'opportunità della scelta per tale ufficio dipendeva molto dalle particolari qualità della persona, dal non avere questa veruna comunanza d'interessi col tutore che avea missione di sorvegliare; e a ciò mal si sarebbe prestata una designazione che fosse stata fatta dalla legge, e poco si sarebbe potuto confidare anche nell'elezione di cui fosse lasciata facoltà all'ultimo superstite dei genitori, poichè la fiducia grande ch'egli naturalmente avrebbe nella persona che scegliesse a tutore dei proprii figli, non lo renderebbe molto cauto nella nomina d'un severo protutore.

Non ostante questo complesso abbastanza grave di considerazioni, il codice Albertino (art. 279) aveva ammesso che *la nomina del protutore potesse farsi dalle stesse persone a cui spettava la facoltà di nominare il tutore, e nelle medesime forme;* e una disposizione simile fu stabilita nella prima parte dell'art. 264 del codice attuale. Essendosi resa permanente la costituzione del consiglio di famiglia o di tutela, a cui si volle principalmente e direttamente attribuire l'*ufficio di vigilanza sulla gestione del tutore*, cessava evidentemente il precipuo motivo di escludere la protutela testamentaria, affidando unicamente al consiglio di

famiglia la scelta del protutore. Nondimeno non si volle stabilire una *protutela legittima;* perchè con criteri generali ed astratti, quali soltanto avrebbero potuto esser guida al legislatore, mal sarebbesi potuto riescire in fatto ad una scelta opportuna. Ed anzi non fu neppure ripetuta nel codice attuale la disposizione di altre legislazioni, che chi fu nominato *curatore al ventre*, alla nascita del figlio debba rimaner di diritto protutore. Così la *protutela* può essere presso noi *testamentaria* o *dativa*, non mai *legittima*.

114. Quanto alla *protutela testamentaria* dispone l'articolo 264: “ Chi ha diritto di nominare il tutore può nella “ medesima forma nominare il protutore „.

Combinando questa disposizione con quelle degli articoli 242 e 243, a cui espressamente si riferisce, ne risulta dunque che la facoltà di nominare il protutore spetta *a quello dei genitori, che, rimasto superstite all'altro, si trovi al tempo di sua morte nell'esercizio della patria potestà*. E intorno al modo d'intendere ed applicare questa massima, non avremmo che a richiamare quanto abbiam detto commentando i citati art. 242 e 243 (1).

Anche le forme essendo comuni per l'atto di nomina sì del tutore che del protutore, è pure lasciato libero di valersi a tal uopo d'un atto notarile o del testamento; e intorno a ciò eziandio sono applicabili le stesse norme che esponemmo parlando della tutela testamentaria (2). E qui pure deve ripetersi, che quand'anche la nomina del protutore sia fatta *per atto notarile*, conserva nondimeno il carattere *di atto d'ultima volontà*, dal che appunto è giustificata la denominazione di *testamentaria*, che può darsi anche in questo caso alla protutela, epperò tale nomina è sempre revocabile, secondo le norme che già accen-

(1) V. sopra, n. 24, 25, 26, pag. 67 e segg.
(2) V. sopra, n. 27, pag. 88-91.

nammo (1). Non è dubbio, in fine, che anche nella scelta del protutore la facoltà del testatore è perfettamente libera, senz'altra condizione che quella di eleggere persona capace; di guisa che può essere nominato tanto un parente quanto un estraneo.

Resta a farsi una osservazione: ed è che la nomina del protutore, quantunque soggetta alle medesime regole di quella del tutore, rispetto alle persone da cui può procedere ed alla forma in cui può essere fatta, non è però dipendente da essa; epperò non è necessario che chi destini un protutore pel proprio figlio gli abbia scelto anche il tutore, nè che in ogni caso faccia l'una e l'altra nomina nel medesimo atto. Così, anche volendo lasciar luogo alla tutela legittima o dativa, nulla vieterebbe all'ultimo superstite dei genitori, che morisse nell'esercizio della patria potestà, di nominare ai figli suoi un protutore; come nulla gli impedirebbe di nominare il tutore e il protutore in atti distinti, fosse poi quello di nomina del tutore anteriore o posteriore all'altro, e tanto valendosi per una di queste nomine d'un atto notarile e per l'altra del testamento, quanto servendosi per ambedue della medesima forma. L'art. 264 non reca infatti intorno a tutto ciò alcuna limitazione alla facoltà che concede al genitore, e nessuna può quindi essere ammissibile contro la generalità della formola di quella disposizione.

115. “ In mancanza (del protutore testamentario), la “ nomina sarà fatta dal consiglio di famiglia „. Così dispone nell'ultima parte del primo paragrafo l'art. 264. Questo ufficio spetta dunque al consiglio di famiglia in ogni caso in cui manchi il protutore testamentario; sia poi che l'ultimo superstite dei genitori non abbia esercitata la facoltà che il predetto articolo gli accordava, o che il protutore da lui nominato non abbia assunto l'ufficio per cause d'inca-

(1) V. sopra, n. 29, pag. 97-99.

pacità o d'esclusione, o per avere ottenuta dispensa, o che per qualsiasi causa abbia cessato di esercitarlo, come può avvenire, fra l'altro, quando facciasi luogo alla nomina di un nuovo tutore (art. 267 cod. civ.).

Il consiglio di famiglia nella nomina che gli è affidata del protutore, come in quella del tutore, ha la più ampia libertà di scelta; senz'altro limite fuor quello della capacità della persona che gli piaccia di preferire, salvo soltanto a questa persona di potersi far dispensare dall'ufficio, se si trovi in uno dei casi in cui ciò è ammesso dalla legge. Il consiglio, al pari del genitore che eserciti la facoltà concedutagli di procedere ad una simile nomina, può designare tanto un parente od un affine quanto un estraneo; e nel primo caso, tanto un parente che appartenga alla stessa linea del tutore, quanto all'altra.

Il codice Francese (art. 423), il Napoletano (art. 345) e l'Albertino (art. 283), vietavano che il protutore potesse mai essere scelto nella linea a cui appartenesse il tutore, salvo che si trattasse di fratelli germani del minore. Se ne adduceva per motivo che gli uffici del protutore consistendo nel vegliare sulla gestione tutoria, e nel rappresentare il minore in quei casi nei quali l'interesse di lui fosse in opposizione con quello del tutore, conveniva che tutore e protutore fossero pienamente indipendenti l'uno dall'altro, e che il protutore non avesse interessi identici a quelli del tutore sicchè si trovassero pure opposti agli interessi del tutelato, laddove se ambidue fossero parenti del minore nella medesima linea paterna o materna, quella loro indipendenza reciproca non si verificherebbe, e il protutore, avendo gli stessi interessi del tutore, si troverebbe non meno di questo in conflitto coll'amministrato. Si giustificava poi l'eccezione rispetto ai fratelli germani del minore, osservando che questa stessa loro qualità allontanava il sospetto di collusioni fraudolente a danno del minore.

Nel nostro codice non troviamo una disposizione somigliante; epperò sarebbe troppo evidentemente arbitrario il

pretendere di limitare in qualunque modo la facoltà di scelta, che la legge concede amplissima e liberissima al consiglio di famiglia. E veramente la considerazione principale, che aveva dato motivo alla limitazione stabilita dalle citate legislazioni, non poteva avere applicazione nella nostra; dappoichè non si è attribuito al protutore lo speciale ufficio di vigilanza sulla gestione tutoria, che si ritenne invece affidata all'intiero consiglio di famiglia costituito in permanenza.

Quanto all'altra osservazione, che il protutore appartenente alla stessa linea del tutore avrà identici interessi, i quali si troveranno quindi parimente in conflitto con quelli del tutelato, ciò non è accettabile come cosa che debba verificarsi necessariamente sempre. Può avvenire che gli interessi del tutore, opposti a quelli dell'amministrato, siano affatto indipendenti dai rapporti di parentela con lui. Certo è che il consiglio di famiglia, nello scegliere il protutore, dovrebbe avere riguardo a non nominare persona che fosse prevedibile doversi trovare in opposizione d'interessi con l'amministrato nei medesimi affari in cui ciò si avesse a verificare pel tutore. Altrimenti diverrebbe impossibile l'esercizio d'uno dei principali uffici del protutore secondo l'art. 265, § 1, e ne seguirebbe la necessità di provvedere altrimenti nel modo che diremo appresso. Ma una tale cautela, che è una norma di ragione da seguirsi dal consiglio di famiglia nella scelta che gli è affidata, non costituisce secondo il nostro codice un limite legale alla facoltà attribuita al consiglio stesso, che è lasciata pienamente libera al suo prudente apprezzamento.

116. Mentre è conceduta al consiglio di famiglia una perfetta libertà di determinazione quanto alla scelta della persona a cui stimi opportuno di conferire l'ufficio di protutore, la legge però non poteva lasciargli uguale libertà relativamente al tempo in cui avesse a procedere a tale nomina. Lo scopo, che sopra accennammo, di provvedere

perchè in nessun momento della tutela mancasse mai al minore chi avesse a rappresentarlo, a curarne la persona, ad amministrarne i beni, quand'anche per qualunque causa gli venisse meno in questi diversi rapporti l'assistenza del tutore, richiedeva che fin dal primo istante della gestione stesse a fianco del tutore il protutore. Quindi le disposizioni dell'art. 264, § 2, e dell'art. 265, § 1, delle quali ci permetteremo d'invertir l'ordine, sembrandoci che ciò sia più conforme al rapporto che passa tra l'una e l'altra. È dunque stabilito nell'art. 265 che: “ Il tutore non può assu-“ mere l'esercizio della tutela se non vi è protutore, e non “ essendovi, egli deve promuoverne la nomina senza “ ritardo „. È detto nell'art. 264 che: “ Nei casi in cui il “ consiglio di famiglia è chiamato ad eleggere il tutore ed “ il protutore, l'elezione del tutore dovrà precedere quella “ del protutore, la quale si farà immediatamente dopo nella “ stessa adunanza „.

È evidente che la prima delle disposizioni qui sopra riferite è applicabile per qualunque sia la specie della tutela, testamentaria, legittima, o dativa; mentre l'altra riguarda una sola di queste specie, la tutela dativa.

Il tutore adunque, sia poi testamentario, legittimo, o dativo, non può mai assumere di fatto il pieno esercizio delle sue funzioni, se non vi sia il protutore. E ciò è ragionevole, perchè altrimenti non si conseguirebbe perfettamente lo scopo, che sopra ricordammo, della protutela; e il tutore operando senza il vincolo della sorveglianza generale che può esercitare sulla gestione di lui il protutore, senza essere esposto ai provvedimenti che quest'ultimo potrebbe promuovere nell'interesse del minore, esercitando la facoltà, che l'art. 257 gli accorda, di richiedere all'uopo la convocazione del consiglio di famiglia, avrebbe intanto aperta la via a compromettere gravemente, e forse irreparabilmente, importanti interessi del tutelato.

E siccome d'altra parte il tutore, tostochè abbia avuto notizia della sua qualità, deve intraprendere la gestione che

gli è affidata, e non facendolo si rende responsabile pel risarcimento dei danni che ne derivino, è dunque conseguente ciò che il predetto art. 265 dispone, che mancando il protutore sia dovere del tutore il *promuoverne la nomina senza ritardo.* Questa mancanza di protutore può verificarsi spesso nella tutela *testamentaria*, e quasi sempre accadrà nella *legittima;* nella *dativa* invece non dovrebbe avvenire, essèndo obbligo del consiglio di famiglia, secondo il citato art. 264, § 2, di procedere alla nomina del protutore *immediatamente dopo quella del tutore, nella stessa adunanza.* Ma se mai questa disposizione della legge fosse trasgredita, e quindi il tutore dativo si trovasse senza protutore, non è dubbio che a norma dell'art. 265, § 1, quel tutore non potrebbe assumere l'esercizio della tutela, se non dopo avere promossa, come dovrebbe fare senza ritardo, la nomina del protutore.

Il testo non prevede il caso che essendovi il protutore al cominciare della tutela, od avendolo nominato il consiglio di famiglia, venga poi quel protutore a mancare per qualsiasi causa durante l'esercizio della tutela stessa. Per la qual cosa può sorgere dubbio se anche a tal caso sia applicabile la disposizione del predetto art. 265, § 1; se, cioè, l'esercizio delle funzioni del tutore debba rimanere interrotto finchè non sia fatta la nomina del nuovo protutore, che il tutore medesimo abbia obbligo di promuovere senza ritardo. Questa difficoltà era infatti stata prevenuta dalla Commissione coordinatrice; la quale aveva deliberato: “ di modificare l'articolo 278 (identico al 265 del “ codice attuale) aggiungendo alle parole: *il tutore non* “ *può assumere l'esercizio della tutela*, queste altre: *nè con-* “ *tinuarlo*, e surrogando alla frase: *e non essendovi*, la “ seguente: *quando non vi sia o venga a mancare* „ (1).

Ma questa modificazione non essendo poi stata introdotta nel testo, esso dunque non risolve la questione. La

(1) V. Proc. verb., n. 18, § III, pag. 189.

quale però non sembra presentare difficoltà molto seria, quanto a ritenere che quand'anche vi sia stato da principio il protutore, il quale venga a mancare per qualsiasi causa durante l'esercizio della tutela, incomba al tutore l'obbligo di promuovere dal consiglio di famiglia la nuova nomina necessaria. Il tutore, fra gli altri doveri del suo ufficio, ha quello di provocare dal consiglio predetto tutti i provvedimenti, a questo spettanti, di cui venga a manifestarsi il bisogno pel regolare andamento dell'amministrazione; e la legge gliene porge il mezzo opportuno nel diritto che gli concede di richiedere la convocazione del consiglio (articolo 257 cod. civ.). Ora nella costituzione degli uffici tutelari è considerato dalla legge come necessario che al minorenne non manchi mai un protutore; il quale ad ogni occorrenza possa assumerne la rappresentanza, curarne la persona, amministrarne i beni. Anche a ciò deve dunque il tutore curare che si provveda, facendo all'uopo le opportune istanze, come lo deve allorchè il protutore manchi al cominciare della tutela. E se accadesse che per la mancanza del protutore venissero a soffrire qualche danno gli interessi del minore, perchè egli non potesse essere rappresentato in tempo utile in affari, nei quali il suo interesse si trovasse in opposizione con quelli del tutore, o perchè rimanendo vacante o abbandonata la tutela gli affari del minore fossero pregiudicati per mancanza di chi lo rappresentasse, di chi facesse gli atti conservativi e gli amministrativi urgenti, il tutore, o chi per lui, non potrebbe sottrarsi alla responsabilità pel risarcimento di tali danni. La disposizione stessa dell'art. 265 porgerebbe intorno a ciò un argomento di analogia, che pare incontestabile.

Non sembra però che altrettanto possa dirsi quanto al dover rimanere interrotto l'esercizio della tutela finchè non sia nominato il nuovo protutore. Una perfetta analogia col caso contemplato nel predetto articolo 265 non sarebbe in questa parte neppure allegabile; poichè può essere ben più grave l'interrompere l'esercizio dell'amministrazione in

corso, che il tenerne sospeso per qualche tempo il cominciamento. E poi non si può disconoscere che la proibizione fatta in quella disposizione al tutore, di assumere l'esercizio della tutela finchè non vi sia il protutore, ha il carattere d'una eccezione; la quale per natura sua non è estendibile ad altri casi che quelli espressamente contemplati. Ha il carattere d'una eccezione; perchè, non ostante la mancanza del protutore, il tutore avrebbe, per assumere immediatamente l'esercizio delle sue funzioni, quella qualità legale che gli deriva o dalla disposizione del testatore autorizzato dalla legge, o da questa direttamente, o dalla nomina fatta dal consiglio di famiglia. In conclusione, reputeremmo che se per qualunque causa il protutore cessasse dal suo ufficio, non dovrebbe però interrompersi l'esercizio della tutela da parte del tutore; il quale tuttavia sarebbe obbligato di *promuovere senza ritardo* la nomina del nuovo protutore, sotto pena d'esser tenuto responsabile *pel risarcimento d'ogni danno.*

Ad un altro dubbio può ancora lasciar luogo il nostro art. 265, § 1. La proibizione fatta al tutore, di *assumere l'esercizio della tutela se non vi è protutore*, deve intendersi in modo così assoluto e rigoroso da vietare al tutore qualunque atto di amministrazione, ancorchè urgente? Ma è chiaro che intesa così quella disposizione si ritorcerebbe a danno del minore, al cui interesse si ebbe in mira d'assicurare una più efficace protezione. Non è dunque possibile attribuire alla legge questo senso. D'altronde v'è un caso affatto analogo, intorno al quale il legislatore ha spiegato chiaramente l'intenzione sua. Prima che sia fatto l'inventario, il tutore non può assumere veramente e completamente l'esercizio delle sue funzioni. I motivi di questa regola sono simili a quelli da cui fu ispirata la disposizione dell'art. 265, § 1; fors'anche più gravi, perchè gl'interessi del minore potrebbero essere esposti a più facili pericoli, se il tutore intraprendesse il pieno esercizio delle sue funzioni prima che fosse stata accertata ne' modi legali la

consistenza del patrimonio. E nondimeno l'art. 289 stabilisce soltanto che: " prima che sia compiuto l'inventario, " l'amministrazione del tutore *deve limitarsi agli affari che* " *non ammettono dilazione* ". La stessa norma dovrà dunque seguirsi anche quanto all'astensione del tutore dall'assumere l'esercizio della tutela finchè non vi sia il protutore. Non potrà assumere l'esercizio pieno e normale della tutela, secondo le regole generali; ma ciò non gl'impedirà frattanto di *rappresentare il minore e poter fare tutti gli atti conservativi ed anche gli amministrativi che non ammettono dilazione;* come fa il protutore stesso quando la tutela è vacante o abbandonata, e quando perciò vero *esercizio della tutela* non vi è (art. 266, § 2, cod. civile); il che offre un nuovo argomento di analogia per la retta interpretazione del predetto art. 265, § 1.

L'art. 264, § 2, già sopra riferito, provvedendo al caso speciale della tutela dativa, stabilisce che il consiglio di famiglia, chiamato ad eleggere tutore e protutore debba far precedere la nomina di quello, ma far seguire immediatamente e nella stessa adunanza anche l'altra. Si vuole che sia nominato prima il tutore, perchè la scelta più opportuna del protutore può essere determinata da considerazioni relative alla persona di chi sia stato eletto a quel primo ufficio, in causa delle speciali funzioni affidate al protutore, e dei rapporti in cui esse lo pongono rispetto al tutore. Si vuole poi che la nomina del protutore sussegua immediatamente e nella stessa adunanza, essendo urgente tale nomina, prima della quale non potrebbe il tutore assumere l'esercizio dell'ufficio suo. È stato notato che: " tuttavia, nel caso probabile che uno dei membri del consiglio " sia eletto tutore, la nomina contemporanea non è possibile, non potendo lo stesso tutore dar voto (art. 259) e " facendosi luogo alla surrogazione colla nomina d'un altro " consulente " (1). L'osservazione è giusta, purchè si faccia

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 264, vol. I, § 587, pag. 931.

l'ipotesi che una delle persone chiamate a comporre il consiglio di famiglia non si trovi presente all'adunanza. Quando il consiglio deve eleggere il tutore ed il protutore, si trova composto soltanto del pretore e di quattro consulenti (articolo 251 cod. civ.). Se tutti si trovino presenti, ancorchè uno dei consulenti essendo nominato tutore non possa prendere parte alla successiva votazione per la nomina del protutore (art. 259 cod. civ.), il consiglio rimarrà tuttavia in numero legale per deliberare (art. 258 cod. civ.). Ma se mancando uno dei consulenti, ed essendo stato nominato tutore uno dei presenti, questi non potesse quindi dar voto per la nomina del protutore, essa non potrebbe più avere luogo per difetto di numero legale; e il voto della legge non potrebb'essere soddisfatto in altro modo che riconvocando il consiglio per un'altra adunanza, più prossima che fosse possibile.

117. Alla disposizione che abbiamo commentata l'articolo 265, nel secondo paragrafo, aggiunge una sanzione assai grave: “ Se il tutore contravviene a questa disposi-
“ zione, potrà essere rimosso e sarà sempre tenuto al risar-
“ cimento d'ogni danno „.

E poichè la disposizione citata contiene una proibizione, d'assumere l'esercizio della tutela se non vi è protutore, ed insieme un comando, di promuovere senza ritardo la nomina del protutore, così è chiarissimo che la violazione, sì di quella come di questo, potrà far luogo a carico del tutore tanto alla rimozione quanto all'obbligo di risarcire i danni. S'intende che il ritardo nel promuovere la nomina del protutore dovrebb'essere abbastanza notevole ed imputabile a colpa del tutore, per indurre la responsabilità di lui; intorno a che spetterebbe alla prudenza dell'autorità giudicante il pronunciare, secondo le circostanze del caso. Le legislazioni precedenti, dando una disposizione somigliante, esprimevano però che la rimozione dalla tutela potesse essere pronunciata solamente *quando vi fosse stato*

dolo per parte del tutore nell'ingerirsi nell'amministrazione prima che vi fosse il protutore (art. 421, § 2, cod. Franc., 343, § 2, cod. Nap.; 280, § 2, cod. Alb.). E sebbene una simile clausola sia stata omessa nel nostro art. 265, § 2, è però opinione di qualche commentatore che per far luogo alla rimozione sia necessario che consti il *dolo* del tutore (1). Ma non pare attribuibile questa differenza di testo, in confronto dei codici anteriori, a mera inavvertenza; e sembra credibile piuttosto che cautamente non siasi voluto porre la condizione che da parte del tutore siavi stato *dolo*, acciocchè fossero evitate le difficoltà che si sarebbero presentate al consiglio di famiglia nell'accertamento di questa condizione, se fosse di rigore, e tutto venisse rimesso alla prudenza del consiglio medesimo. D'altronde ciò si conformava anche alle massime generali circa la rimozione del tutore adottate dalla nostra legge; la quale ne ha ammesso come causa sufficiente anche la *provata trascuratezza* del tutore (art. 269, n. 3, cod. civ.), mentre le legislazioni anteriori surricordate parlavano soltanto di *provata incapacità o infedeltà*. Ora, se anche il tutore abbia assunto l'esercizio della tutela senza che vi fosse il protutore ed omesso di promuoverne la nomina, non veramente con *dolo*, ma per una colpa che sia da ritenersi grave, possono bene in ciò riscontrarsi, secondo le circostanze del caso, gli estremi di una *provata trascuratezza*, sufficiente per dar causa alla rimozione.

Per queste medesime considerazioni reputeremmo che potrebbe essere rimosso il tutore, quand'anche, essendo mancato il protutore durante il corso della tutela, avesse omesso di promuovere la nuova nomina necessaria. È vero che trattandosi di una specie di pena, espressamente stabilita pel solo caso in cui il tutore *abbia assunto l'esercizio* del suo ufficio senza che vi sia il protutore, e non ne abbia promossa la nomina senza ritardo, non si potrebbe

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 265, vol. 1, § 587, pag. 931.

estenderla al caso diverso che ora consideriamo, in virtù della sola disposizione dell'art. 265, § 2. Ma l'altra disposizione generale dell'art. 269, n. 3, sembra che lasci sufficiente ampiezza di facoltà al consiglio di famiglia per poter pronunciare la rimozione del tutore anche per questa causa; tanto più se il tutore avesse agito *dolosamente* nel non promuovere la sostituzione del protutore che fosse venuto a mancare nel corso della tutela. Quanto al *risarcimento del danno*, a cui si dichiara tenuto il tutore che abbia contravvenuto alla disposizione dell'art. 265, § 1, ciò non è che un'applicazione del diritto comune (articolo 1218 cod. civ.). Per essere stato assunto l'esercizio della tutela senza che vi fosse il protutore, non potrebbero verificarsi danni risarcibili, se non quando il tutore avesse in quell'esercizio commessi atti realmente dannosi al minore; e ciò varrebbe di per sè a rendere responsabile l'autore di tali atti, quand'anche non avesse assunto l'esercizio della tutela che essendovi il protutore. Ma l'omissione di promuovere a tempo la nomina del protutore può essere causa diretta di speciali danni pel minore, che non venga rappresentato opportunamente negli atti in cui si trovi in opposizione di interessi col tutore, od a cui manchi chi faccia per lui gli atti conservativi ed amministrativi d'urgenza in caso di tutela vacante o abbandonata. Di tali danni avrebbe sempre diritto il minore ad essere risarcito dal tutore, a cui fosse imputabile l'omissione di promuovere in tempo opportuno la nomina del protutore.

Vi è un altro quesito, a cui non risponde il testo dell'art. 265. Se il tutore abbia contravvenuto alla legge, assumendo l'esercizio della tutela senza che vi fosse il protutore, gli atti da lui compiuti dovranno reputarsi nulli? E questa nullità potrà essere opposta in solo nome del minore, od anche dai terzi che vi abbiano interesse? Vi sono atti in cui l'intervento del protutore è indispensabile (art. 282, 284 cod. civile); ve ne sono altri nei quali il minore non può essere rappresentato che dal protutore,

in causa dell'opposizione di interessi esistente tra il minore stesso ed il tutore (art. 266, § 1, cod. civ.). In questi casi è evidente che se il tutore compisse gli atti predetti senza che vi fosse il protutore, essi sarebbero nulli relativamente al minore; perchè le forme protezionali, stabilite nell'interesse di quest'ultimo, non sarebbero state osservate (art. 1303, n. 3, cod. civ.) e perchè il tutore mancava di qualità legale per rappresentare il minore in atti nei quali l'interesse di lui fosse opposto al proprio. E i terzi? Essi potrebbero certamente rifiutarsi di devenire col tutore ad un atto, nel quale egli avesse interesse contrario al minore; potrebbero anche, se convenuti in giudizio, opporre la mancanza di qualità nel tutore per rappresentare il minore in quella contestazione, e chiedere che fosse nominato il protutore. Avrebbero a ciò un interesse legittimo; poichè altrimenti, riuscendo anche vittoriosi, potrebbero poi sentirsi opporre nell'interesse del minore la nullità del giudizio, siccome avvenuto a fronte d'un contradditore non legittimo. Ma se fossero devenuti a quell'atto col tutore, se si fossero difesi nel giudizio senza opporre quella eccezione, non potrebbero più tardi proporre la nullità contro quella convenzione, nè opporre tale eccezione contro il giudicato; perciocchè trattasi di una nullità puramente *relativa*, non opponibile che in nome del minore nel cui interesse è introdotta (art. 1107 cod. civ.) (1).

Suppongasi ora che il tutore abbia fatto atti di sua spettanza esclusiva. Forsechè saranno nulli per la sola circostanza ch'egli li abbia compiuti prima che fosse nominato il protutore? Gli autori che abbiamo sopra citati sono concordi nel negarlo, e questa opinione pare irrefragabile. La qualità, in virtù della quale il tutore rappresenta legalmente il minore, gli deriva dalla legge, o dalla

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 363; Aubry et Rau, t. I, § 103, nota 9; Laurent, t. IV, n. 423.

nomina che in virtù di essa egli ebbe dal testatore o dal consiglio di famiglia; non gli deriva dalla nomina del protutore. Prima che quest'ultima nomina sia fatta, gli è vietato, è vero, *di assumere l'esercizio della tutela;* ma questa è una prescrizione d'ordine, recante una speciale obbligazione personale a carico del tutore, dall'adempimento della quale sarebbe però affatto arbitrario il pretendere che dipendesse la legittima rappresentanza del minore, che al tutore spetta in virtù della sola qualità sua. Chè anzi, ben lungi dall'offrire fondamento ad una tale idea, il testo della legge somministra un argomento evidente in contrario. Poichè nel secondo paragrafo dell'articolo 265, determinandosi espressamente quali siano le conseguenze legali derivabili dalla contravvenzione, che il tutore commetta al disposto del paragrafo precedente, *assumendo l'esercizio della tutela prima che vi sia il protutore*, e non promuovendone la nomina senza ritardo, è detto ch'esse consistono nel *potersi rimuovere il tutore* e nell'esser egli *sempre tenuto al risarcimento d'ogni danno.* È dunque esclusa l'altra maggiore sanzione, cui si volesse far consistere nella nullità degli atti che il tutore avesse compiuti; e tanto più manifestamente esclusa, perchè l'obbligo di *risarcire il danno*, che non potrebbe verificarsi se non per qualche atto che il tutore avesse compiuto, suppone che tale atto vincoli legalmente l'amministrato. Nemmeno nell'interesse del minore potrebbesi opporre la nullità degli atti che il tutore avesse fatti nei limiti delle ordinarie sue attribuzioni, solo perchè li avesse compiuti prima che fosse nominato il protutore; salvo soltanto al minore stesso il diritto di esigere dal tutore, come lo dice espressamente la legge, il *risarcimento d'ogni danno* che da quegli atti potesse essergli derivato. Molto meno poi sarebbe opponibile una tale nullità da terze persone, per quanto interesse potessero avere ad impugnare gli atti fatti dal tutore.

Più ancora: i medesimi autori sostengono che " i terzi " convenuti in giudizio da un tutore, il quale non avesse

" ancora fatto nominare il surrogato tutore, non potreb- " bero prevalersi di questa circostanza per opporgli una " eccezione fondata sul difetto in lui di qualità legale „; che " il debitore del minore non è meno tenuto di fare al " tutore il pagamento, quantunque non sia ancora nomi- " nato il protutore, e il pagamento che gli faccia è perfet- " tamente valido, eccetto il solo caso di *collusione frodo-* " *lenta* col tutore stesso „ (1).

Contro questa teoria si è dichiarato uno scrittore nostro. Pare a lui che la legge, col dire che *il tutore non può assumere l'esercizio della tutela se non vi è protutore*, non solo imponga al tutore stesso una obbligazione personale a lui, ma gli neghi ogni potestà di agire rappresentando il minore, finchè non sia nominato il protutore. Lo argomenta anche da ciò, che sarebbe un *tutore senza inventario;* richiedendosi per la formazione di questo la presenza del protutore (art. 282). Nega poi che il pagamento fatto al tutore, non essendovi protutore, potesse riguardarsi come valido, eccettuato il caso che il minore ne avesse approfittato, perchè, dice, in questo stato di cose il tutore non era autorizzato dalla legge a ricevere il pagamento (art. 1241 cod. civ.) (2). Ma la legge non stabilisce che *il tutore sia incapace a rappresentare il minore*, e che manchi di qualità legale a tale uopo finchè non sia nominato il protutore; gli ordina soltanto di non assumere prima di questo tempo il pieno esercizio delle sue funzioni. E supponendo pure che il tutore contravvenga a questa disposizione, la legge stessa ne determina le sanzioni, tra le quali non accenna neppure indirettamente potersi comprendere la nullità degli atti che il tutore avesse compiuti; al contrario fa supporre chiaramente che questi atti debbano sussistere, poichè dichiara tenuto il tutore a risarcire i danni che ne siano derivati. Quando

(1) V. Aubry et Rau, l. c., nota 8; Demolombe, l. c., n. 364; Laurent, l. c.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 265, vol. I, § 587, pag. 931, 932.

non sia stato nominato il protutore, il tutore è certamente di necessità *senza un inventario legalmente fatto*. Ma, per trarre da ciò una deduzione conclusiva, bisognerebbe prima stabilire che perchè innanzi il compimento dell'inventario il tutore *non può assumere il pieno esercizio dell'amministrazione* (art. 289 cod. civ.) egli non avesse perciò fino a quel tempo *capacità ad agire* in qualità di tutore rappresentando il minore; e ciò non sarebbe altro, com'è evidente, che ripetere sotto un aspetto diverso la stessa questione che si agita ora. Quanto poi a dire che il pagamento fatto al tutore *non sarebbe valido*, perchè *egli non sarebbe autorizzato dalla legge a riceverlo*, è appunto ciò che è in disputa; e l'affermazione sembra abbastanza validamente contraddetta dalle considerazioni sopra esposte.

118. Quali siano gli uffici principali del protutore fu accennato altrove in modo generale (1). E poichè quanto può riguardare specialmente quello di tali uffici, che consiste nel promuovere dal consiglio di famiglia i provvedimenti necessari od utili per l'interesse del minore, fu già esposto commentando l'art. 257, ci resta ora soltanto di occuparci degli altri due, dei quali parla l'art. 266; e lo faremo, mantenendo l'ordine stesso in cui sono contemplati in quell'articolo.

Il primo paragrafo di esso è nei termini seguenti:

“ Il protutore agisce pel minore e lo rappresenta nei “ casi in cui l'interesse di questo sia in opposizione con “ quello del tutore „. La generalità stessa di questa disposizione dimostra ch'essa comprende indistintamente ogni affare od atto in cui la contemplata opposizione di interessi possa verificarsi; sicchè, o si tratti di rappresentare in giudizio il minorenne, come attore o convenuto, o di rappresentarlo in un atto od in un contratto quale che sia, sarà sempre ugualmente applicabile la riferita regola

(1) V. sopra, n. 112, pag. 487-489.

dell'articolo 226, § 1; tanto più che i motivi della disposizione si verificano identici per qualunque sia la natura dell'atto.

D'altra parte però, parlando dei *casi in cui l'interesse del minorenne sia in opposizione con quello del tutore*, si sono esclusi manifestamente quelli nei quali l'uno e l'altro abbiano nel medesimo affare un interesse comune. Nè infatti in tali casi vi sarebbe motivo per trasferire dal tutore al protutore la rappresentanza del minorenne; posto che l'essere impegnato in quegli atti l'interesse personale del tutore stesso, tutt'altro che dar causa a temere ch' egli sagrifichi al vantaggio proprio quello dell'amministrato, offre anzi guarentigia d'una più impegnosa difesa dell'interesse comune.

Altre disposizioni vedemmo, nelle quali è parlato parimente di *conflitto* o d'*opposizione di interessi*, che fa luogo a provvedere con mezzi eccezionali alla protezione di certe persone (1); e dimostrammo allora quali elementi siano necessari affinchè tale *opposizione di interessi* possa dirsi verificata. La disposizione di cui ci occupiamo ora essendo espressa in termini identici, ed anche i motivi essendone perfettamente analoghi, le stesse regole devono dunque essere applicabili.

Qualche autore ha data una definizione assai semplice, ma che sembra imperfetta; ha detto “ esservi *opposizione* “ *di interessi quando il tutore e il minore si trovano l'uno* “ *verso l'altro nella condizione di contraenti o di conten-* “ *denti* „ (2). Questo è certamente uno e il più ovvio dei casi, in cui l'opposizione di interessi si verifica. Poniamo che il tutore sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia a prendere in affitto i beni del minore (art. 300 cod. civ.). È troppo evidente che questi, nel contratto d'affitto, dovrà essere rappresentato dal protutore, essendovi opposizione

(1) V. vol. V, parte II, n. 256, pag. 253 e segg.; vol. VII, n. 198, p. 453 e segg.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 378.

d'interesse col tutore. Poniamo che quest'ultimo abbia occasione di stare in giudizio contro il proprio amministrato per una causa, la quale, non mettendo in pericolo una *parte notabile delle sostanze del minore*, non renda necessaria la cessazione dell'uffizio di tutore (art. 268, n. 3, cod. civ.); per es. per una petizione d'eredità, per la domanda di un legato, per una divisione, e simili. Sarà indubitabile anche qui che il minore dovrà essere rappresentato nella lite, in cui ha avversario il proprio tutore, dal protutore. Ma non è a dirsi perciò che non possa verificarsi opposizione di interessi tra tutore e amministrato, e rendersi quindi applicabile la disposizione dell'art. 266, § 1, fuorchè nel solo caso in cui l'uno si trovi a fronte dell'altro come contraente o litigante. È possibilissimo, all'opposto, che pur trattandosi d'una convenzione che avrebbe luogo fra una terza persona e il minore, o questo e il tutore congiuntamente, o d'una lite agitata tra il minore, o lui congiuntamente al tutore, ed un terzo, tuttavia siccome gli effetti di quella convenzione o di quel giudizio possono ridondare, indirettamente almeno, a vantaggio del tutore con danno dell'amministrato, debba quindi ritenersi esservi tra loro in quel particolare affare un'opposizione di interessi sufficiente per rendere indispensabile che il minorenne sia rappresentato dal protutore. Al qual proposito dobbiamo rammentare i principii che già dimostrammo nei luoghi sopra citati: bastare, cioè, per costituire *opposizione di interessi* nel senso della legge, che dall'atto da farsi in nome dell'incapace possa derivare, *col danno di lui, un vantaggio personale e pecuniario, ancorchè condizionale o indiretto, a chi dovrebbe rappresentarlo.* Così, per es., se si trattasse di por fine mediante transazione ad una lite relativa alla validità d'un testamento, in cui fosse interessato anche il tutore, e con questa transazione s'imponessero al minore dei sagrifizi, dei quali il tutore venisse così ad approfittare, riuscendo ormai accertata anche in favor suo la validità di quel testamento; è

certo che il minore non potrebb'essere rappresentato dal tutore in quella transazione, sebbene questi non vi figurasse come parte contraente.

Parimente in una lite, nella quale il minore figurasse come attore in rivendicazione d'un bene, per la cui evizione il tutore sarebbe tenuto di garanzia a profitto del possessore, il tutore stesso, sebbene non chiamato in giudizio, non potrebbe rappresentare il minore.

Pel caso che il minorenne, per opposizione di interessi col tutore, fosse rappresentato dal surrogato tutore, era opinione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese che fosse da nominarsi un altro *surrogato tutore speciale* (1). Altrimenti, dicevasi, sarebbe mancato, a chi veniva a tener luogo del tutore per quello speciale affare, chi esercitasse sull'azienda di lui quella vigilanza, che pure era necessaria secondo lo spirito della legge. Tale massima si appoggiava inoltre alla particolare disposizione dell'art. 444 del codice di procedura civile francese, a cui non troviamo una corrispondente nella nostra legislazione. E poichè d'altra parte anche il motivo principale sopra indicato non può avere applicazione al sistema nostro, nel quale non si volle assoggettare l'amministrazione del tutore ad una speciale vigilanza del protutore, e tale ufficio si ritenne attribuito al consiglio di famiglia permanentemente costituito, non sembra dunque adottabile presso noi la massima che qualora il protutore eserciti la rappresentanza del minore nei casi contemplati dall'articolo 266, § 1, si debba nominare inoltre un altro *protutore speciale* (2). — Ben però potrebbe verificarsi caso in cui una simile nomina divenisse una necessità; e sarebbe quando il protutore ordinario si trovasse col tutore nella identica condizione, di avere nello speciale affare di cui si trattasse interessi opposti a quelli del minore.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 379, 380; Laurent, t. IV, n. 427, pag. 539.
(2) V. contr. Borsari, *Comm.*, art. 266, vol. I, § 588 (*e*), pag. 934.

Verificandosi il caso di conflitto di interessi tra il tutore e l'amministrato, *il protutore è investito per ministero di legge dell'ufficio di agire pel minore e rappresentarlo.* Questo concetto ci sembra risultare così manifestamente dal testo stesso dell'art. 266, § 1, che non sappiamo scorgere su quale base possa sostenersi l'opinione, professata da un autorevole scrittore, che il protutore debba riportare al fine predetto un'*autorizzazione del consiglio di famiglia* (1). Le attribuzioni di questo, i casi in cui è chiamato a deliberare, sono espressamente determinati dalla legge. Ben lungi dal trovarvi compreso quello di cui ora si tratta; vediamo anzi che la legge stessa in termini chiarissimi e imperativi chiama direttamente il protutore *ad agire pel minore e rappresentarlo nei casi in cui l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore.* E invero, se il consiglio avesse a deliberare in questo caso, non sarebbe tanto uno speciale provvedimento od un'autorizzazione che gli si chiederebbe, quanto, più propriamente, un giudizio, che sarebbe chiamato a pronunciare, sull'applicabilità dell'art. 266, sulla esistenza di quell'opposizione di interessi, verificandosi la quale la predetta disposizione ordina al protutore di agire pel minore e rappresentarlo; il che sarebbe evidentemente estraneo alla competenza di questo collegio famigliare. Se non vi è opposizione d'interessi, la rappresentanza del minore appartiene esclusivamente al tutore; se vi è, spetta invece al protutore. Sarà intorno agli atti compiuti dall'uno o dall'altro, che potrà sorgere contestazione sulla loro validità, per la qualità della persona che in essi abbia rappresentato il minore: e il deciderne apparterrà naturalmente ed unicamente all'autorità giudiziaria. L'avere il protutore riportata dal consiglio di famiglia un'autorizzazione ad agire potrebbe forse salvare dalla nullità l'atto da lui compiuto in rappresentanza del minore, quando realmente non vi fosse

(1) V. Borsari, l. c., lett. *d*).

stata opposizione di interessi tra questo e il tutore? Evidentemente no. E se, verificandosi una tale opposizione, il protutore agisca senz'autorizzazione alcuna, dove si troverà un motivo per impugnare di nullità l'atto? Nessuna ragione di richiedere quell'autorizzazione esiste adunque.

Quando non vi sia opposizione d'interessi col tutore, questi è il solo legittimo rappresentante del minore (articolo 277 cod. civ.). Gli atti che fossero stati fatti invece dal protutore, non potrebbero quindi sostenersi altrimenti che sotto l'aspetto di semplice *gestione d'affari*, ed applicando le norme relative a questo quasi-contratto (art. 1144 cod. civile). Si è però proposta la questione: se il protutore, in questa qualità sua, possa almeno fare legittimamente nell'interesse del minore gli atti *conservativi*, che venissero trascurati dal tutore in uffizio. La dottrina francese propendeva per l'opinione negativa (1); la quale sembra tanto più fondata nel diritto nostro, che determina espressamente i casi in cui il protutore *può fare tutti gli atti conservativi ed anche gli amministrativi che non ammettono dilazione*, e sono solamente quelli in cui *la tutela si trovi vacante o abbandonata* (art. 266, § 2, cod. civ.). Ben s'intende che qualora si trattasse di tali atti conservativi, i quali non richiedessero in chi li facesse pel minore la qualità legale di rappresentante di lui, come sarebbe necessario, ad esempio, per intentare in suo nome una domanda giudiziale onde interrompere il corso d'una prescrizione, ma potessero essere compiuti anche a titolo di semplice *gestione d'affari*, non potrebbe considerarsi come vietato al protutore di effettuarli anche durante la gestione del tutore che li omettesse (2).

119. La legge volle provvedere nell'interesse del minore ai casi in cui la tutela di lui rimanesse *vacante o abbandonata*.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 373.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 266, vol. I, § 588 (*b*), pag. 933.

Parlando di *vacanza* della tutela, è ben chiaro supporsi che perduri nel minore lo stato di tutela, e solo sia cessata, per qualunque delle cause ammesse dalla legge, l'amministrazione del tutore.

Parlando di *abbandono* della tutela, è altrettanto evidente comprendersi sotto quella dizione vari casi possibili. E prima di tutto, se il tutore sia *assente*, non potrà dirsi veramente che la tutela sia divenuta *vacante*, essendo affatto incerto se l'assente viva o sia morto; bensì sarà certo che la tutela è rimasta *abbandonata*, e converrà provvedere non altrimenti che se fosse accertata la vacanza, essendo impossibile lasciare l'incapace in questo stato di abbandono, senza chi lo rappresenti, ne curi la persona, ne amministri i beni. Nè intorno a ciò è caso di far distinzione tra l'*assenza dichiarata* e quella semplicemente *presunta*. Chè anzi potrebbe bastare anche la semplice *non-presenza* del tutore per dar luogo agli stessi provvedimenti. Suppongasi pur certa l'esistenza del tutore, il quale però siasi stabilito in lontanissimo luogo, di dove non possa attendere e non attenda di fatto alle cure del suo uffizio; e sarà evidente che ci troviamo tuttavia nei precisi termini della legge, nel caso, cioè, d'una *tutela abbandonata;* nè sarà meno chiaro che concorrono pure identici motivi per dover provvedere all'interesse del minore. Più ancora; la parola e lo spirito della legge concorrerebbero ugualmente quand'anche il tutore non avesse veramente trasferita la propria residenza in luogo così lontano da non poter più accudire al proprio uffizio, ma di fatto avesse cessato di esercitarlo. Badiamo soltanto a non confondere il vero e completo abbandono, di cui si parla, delle funzioni di tutore, colla semplice omissione, per quanto colpevole, di qualche atto particolare che abbisognerebbe nell'interesse del minore. Tali omissioni impegnerebbero bensì la responsabilità del tutore; ma non autorizzerebbero il protutore, come dicemmo nel numero precedente, ad ingerirsi nella gestione, sotto pretesto che si trattasse di *atti conservativi* o di *atti amministrativi che non*

ammettessero dilazione, invocando il disposto dell'art. 226, § 2, di cui ora parleremo; quasichè si trattasse di un *abbandono della tutela*. Il protutore non potrebbe in tali casi agire, se non per semplice *gestione d'affari;* oltre a poter promuovere dal consiglio di famiglia contro il tutore i provvedimenti opportuni, valendosi della facoltà concessagli dall'art. 257, § 1.

Ma, supposto che si tratti di *vacanza* o di vero *abbandono* della tutela, quali sono per tali casi gli uffizi del protutore? L'art. 266, § 2, li determina colla seguente disposizione:

“ È pur tenuto (il protutore) di promuovere la nomina
“ di un nuovo tutore in caso di tutela vacante od abban-
“ donata, e frattanto egli rappresenta il minore, e può fare
“ tutti gli atti conservativi ed anche gli amministrativi che
“ non ammettono dilazione „.

Il primo obbligo del protutore in tali casi è dunque di *promuovere la nomina di un nuovo tutore;* il che egli farà chiedendo all'uopo la convocazione del consiglio di famiglia, da cui la nomina dev'esser fatta, secondo la facoltà che gliene attribuisce l'art. 257. Non è detto qui, come pel tutore che ha da promuover la nomina del protutore, che l'istanza debba esser fatta *senza ritardo*. Ma è abbastanza evidente per sè che così dev'essere; per lo scopo stesso, a cui è diretta questa disposizione, di non lasciare il minore senza chi lo rappresenti ad ogni occorrenza in tutti gli atti civili, ne curi la persona e ne amministri i beni; mentre i poteri, che la legge attribuisce al protutore stesso durante la vacanza della tutela, non gli permetterebbero di provvedere che in parte a questi bisogni. L'indugio, che il protutore colpevolmente frapponesse a promuover la nomina del nuovo tutore, qualora divenisse causa di danni pel minore, renderebbe dunque responsabile il protutore stesso pel risarcimento.

Nel codice Francese (art. 424) era detto che nei casi di tutela vacante o abbandonata “ il surrogato tutore non

“ subentrerà *ipso iure* al tutore, ma dovrà provocare la “ nomina di un nuovo tutore „. I commentatori ne adducevano questa ragione: che essendo il protutore chiamato a vigilare sulla gestione, era impossibile ammetterlo ad esercitarla egli stesso anche solo provvisoriamente, perchè allora sarebbe scomparso affatto il sindacato della tutela. Presso noi, non essendosi dato al protutore questo speciale ufficio di vegliare sulla gestione del tutore, la considerazione sovraddetta cessava di fare ostacolo. Nondimeno non si volle ammettere che durante la vacanza della tutela il protutore assumesse, temporaneamente sì, ma completamente, le funzioni del tutore. Ciò non era necessario, poichè la vacanza dev'essere momentanea, avendosi a promuover tosto la nomina del nuovo tutore; nè sarebbe stato prudente, poichè l'ufficio di protutore non reca l'obbligo di dar cauzione. Per altro non si mancò nemmeno di considerare che durante la vacanza, per quanto breve, della tutela, poteva pure verificarsi il bisogno di qualche atto urgente, il cui differimento fosse per produrre danno e deteriorazione del patrimonio del minore; e conveniva poi ch'egli non mancasse d'un rappresentante, contro cui i terzi potessero rivolgere le loro azioni. Fu dunque provvido lo stabilire che simili atti potessero farsi e tale rappresentanza si esercitasse dal protutore, non veramente come sostituto temporaneo del tutore, ma come specialmente deputato dalla legge per queste particolari funzioni. L'articolo 266 accenna prima gli *atti conservativi*, quelli, cioè, dalla cui omissione o dal cui ritardo deriverebbe il perimento o la deteriorazione di qualcuno dei beni o dei diritti facienti parte del patrimonio del minore. Così, per es., le notificazioni o rinnovazioni d'ipoteche, gli atti interruttivi di prescrizione, le interposizioni d'appello contro sentenze pronunciate a danno del minore, ed altri atti somiglianti potrebbero esser fatti validamente, nel frattempo della vacanza della tutela, dal protutore. Si aggiunge ch'egli può fare *anche gli atti amministrativi che non ammettono dilazione*, come

sarebbe il provvedere, nei modi consigliati dalle buone regole d'amministrazione, alle riparazioni di cui si presentasse urgente il bisogno negli stabili appartenenti al tutelato. È necessario però che si tratti di *atti di amministrazione ordinaria*, i quali sarebbero di competenza del tutore senza bisogno d'alcuna autorizzazione, e che tali atti siano urgenti in guisa da non potere senza danno essere differiti fino alla nomina del nuovo tutore.

Verificandosi tali condizioni, il protutore ha dalla legge stessa direttamente il mandato per compiere gli atti predetti, relativamente ai quali perciò egli rappresenta legittimamente il minore, senza bisogno, neppure in questo caso, di riportare alcuna autorizzazione del consiglio di famiglia.

120. In diritto francese s'era sollevato il dubbio: se il surrogato tutore potesse essere tenuto responsabile della mala gestione del tutore. L'opinione più generalmente accettata era, che avendo la legge espressamente dichiarato la responsabilità personale del surrogato tutore pel risarcimento dei danni derivabili dall'inadempimento di alcune sue obbligazioni speciali, come quella di provocare la nomina d'un nuovo tutore in caso di tutela vacante o abbandonata (art. 424), di costringere il superstite dei genitori a fare inventario dei beni mobili della comunione (art. 1442), di curare l'iscrizione dell'ipoteca legale del minore sui beni del tutore (art. 2137), e nulla di simile avendo disposto in ordine all'obbligo, che pure incombeva al surrogato tutore secondo quella legislazione, di vegliare sull'amministrazione del tutore; dovesse quindi per questa parte ritenersi esente il surrogato tutore stesso da qualunque speciale responsabilità legale. Solo ritenevasi ch'egli potesse esser tenuto al risarcimento dei danni, quando si fosse reso colpevole di collusione fraudolenta col tutore nella mala gestione di lui, od almeno di colpa così grave da potersi equiparare al dolo; chè allora la responsabilità

sua sarebbe dipesa, più che dalla qualità legale di surrogato tutore, dal principio generale in virtù di cui qualunque fatto dell'uomo, che arrechi danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno, sicchè anche ogni altro che avesse aiutato il tutore a spogliare il pupillo dovrebbe subire la stessa condanna (1).

Questa massima fu anche seguìta da un nostro scrittore (2). Senonchè per noi bisogna rammentare che dal novero degli uffici obbligatorii pel protutore fu avvertitamente escluso quello di *vegliare l'amministrazione del tutore*, che gli sarebbe stato imposto secondo il progetto del codice, e che, quantunque non dichiarato espressamente nel codice Francese, era però ritenuto risultare necessariamente da altre disposizioni di esso. Ora, se si volle liberare il protutore da quest'obbligo, è chiaro che egli non potrà mai essere tenuto a risarcimento di danni per l'inadempimento d'una obbligazione che non ha; epperò non gl'incomberà alcuna responsabilità speciale per la mala gestione del tutore, salva soltanto quella responsabilità a cui partecipa secondo le regole altrove dimostrate (3), come membro necessario del consiglio di famiglia, al quale è commessa dalla legge la vigilanza sull'amministrazione esercitata dal tutore. È vero che anche il protutore particolarmente ha un potere di vigilanza generale sulla gestione tutoria; ma questa, che è una *semplice facoltà* a lui conceduta per meglio garentire gl'interessi dell'amministrato, non può convertirsi in una obbligazione legale che esponga il protutore ad una responsabilità per gli errori o le infedeltà altrui. Certamente, se vi fosse stata collusione fraudolenta col tutore per ispogliare il minore, si cadrebbe nel caso di un delitto civile, che obbligherebbe anche il protutore, come chiunque altro, al

(1) V. Toullier, t. II, n. 1138; Duranton, t. III, n. 522; Chardon, *Des trois puissances*, p. III, n. 560; Demolombe, t. VII, n. 391; Aubry et Rau, t. I, § 117, n. 2.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, § 585, pag. 498.

(3) V. sopra, n. 102, pag. 425 e segg.

risarcimento del danno, secondo la regola generale dell'art. 1151 cod. civile. Ma di *colpa*, fosse poi essa più o meno *grave*, non è da parlare; poichè non può esservi negligenza imputabile al protutore per non aver esercitata una vigilanza, che non era obbligatoria, ma semplicemente facoltativa da parte sua.

Evidentemente però le condizioni sono affatto diverse rispetto a quegli uffici, che a norma di legge sono obbligatorii pel protutore. V'è qualche caso in cui la legge stessa lo dichiara responsabile pel risarcimento dei danni; come quando lasci inadempita l'obbligazione di curare l'iscrizione dell'ipoteca legale del minore sui beni del tutore (art. 1983 e 1984 cod. civ.). Ma, indipendentemente anche da espressa disposizione della legge, è certo che quando il protutore avendo mancato ad alcuno degli uffici, che sono per lui legalmente obbligatorii, ne sia derivato danno al minore, questi avrà azione per ottenerne il risarcimento, secondo il principio generale stabilito nell'art. 1218. Non può esser dubbio infatti in tali casi, che trattandosi d'una obbligazione derivante dalla legge, la quale rimase inadempita, chi n'era tenuto deve risarcire il danno. Nè sarà necessario allora che da parte del protutore siasi verificato *dolo* o *colpa grave* tanto da potersi equiparare al dolo; ma basterà che sia imputabile al protutore di non avere usato nell'adempimento de' suoi doveri d'ufficio quella comune diligenza che è propria d'un buon padre di famiglia (articolo 1224 cod. civile). Anche qui però, come già abbiam veduto trattando della responsabilità che può spettare al consiglio di famiglia, nell'applicare questa regola si dovrà tener conto della speciale natura dell'obbligazione, siccome dipendente da un ufficio che da una parte è *gratuito*, dall'altra è *obbligatorio* per legge in vista di motivi di *ordine pubblico*.

Tali sono le massime che reputiamo doversi osservare: sia quando il protutore abbia mancato di agire pel minore e rappresentarlo nei casi in cui l'interesse di questo siasi

trovato in opposizione con quello del tutore; sia quando, essendo rimasta vacante o abbandonata la tutela, non abbia promossa senza ritardo la nomina del nuovo tutore; sia quando, durante la vacanza della tutela, abbia omesso di rappresentare il minore negli atti di cui siasi verificato il bisogno, o di fare atti conservativi che fossero necessari, od anche atti amministrativi che non ammettessero dilazione.

121. Le funzioni del protutore sono essenzialmente accessorie alla tutela principale, e sarebbero inconcepibili quando non vi fosse una persona che in istato di tutela si trovasse costituita. Ne segue dunque che le stesse cause da cui deriva la *cessazione assoluta* della tutela, cioè la morte del minore, la maggiore età da lui raggiunta, l'emancipazione che abbia ottenuta, la legittimazione che ne sia avvenuta e lo abbia quindi fatto passare sotto la patria potestà del legittimante, fanno luogo eziandio a finire di pien diritto la protutela; e che reciprocamente questa non può mancare in modo assoluto, se non qualora sia avvenuto altrettanto della tutela principale. In altre parole, tutela e protutela hanno perfettamente comuni le cause di loro estinzione assoluta.

Non può dirsi però altrettanto di quelle cause che producono solamente una *cessazione relativa* della tutela o della protutela; che, cioè, lasciando sussistere ancora lo stato di tutela in cui è costituito l'incapace, non dànno luogo che a cangiare la persona del tutore o del protutore, quali sono la morte d'uno di questi funzionari, il sopraggiungere di qualche causa d'incapacità, la quale non permetta di continuare nell'uffizio assunto, secondo il disposto dall'art. 268, la rimozione che sia pronunziata a norma dell'art. 269, la dispensa che sia ottenuta in virtù degli art. 273-276, in fine l'*abbandono della tutela* per assenza od altrimenti.

E in primo luogo, che la cessazione relativa della tutela per una delle cause predette non ponga per sè fine alla

protutela, neppure in modo parimente relativo, è cosa che non può ammettere dubbio. Non è mancato veramente qualche giureconsulto autorevolissimo che insegnasse “ le “ funzioni del surrogato tutore, siccome puramente acces- “ sorie alla tutela, *dover cessare quand'essa divenisse vacante* “ *o abbandonata* „ (1). Ma fu risposto a ragione che “ la “ prova del contrario era scritta nella disposizione con cui “ si attribuiva al surrogato tutore, in caso di tutela vacante “ o abbandonata, la cura di far nominare il nuovo tutore; “ sicchè la vacanza della tutela dando appunto luogo “ all'esercizio d'una delle funzioni del surrogato tutore, “ era impossibile sostenere che la sua qualità ne fosse “ distrutta „ (2). La stessa considerazione può ripetersi sul nostro articolo 266, § 2; il quale anzi somministra in questo senso un argomento anche più forte, poichè in caso di tutela vacante o abbandonata affida al protutore, non solo l'ufficio di promuovere la nomina d'un nuovo tutore, ma quelli ancora di rappresentare frattanto il minore, e fare nell'interesse di lui tutti gli atti conservativi ed anche gli amministrativi che non ammettono dilazione. E chi potrebbe pensare, dopo ciò, che la protutela avesse a considerarsi come finita, nella persona che ne è investita, dal momento stesso in cui cessasse nella persona del tutore l'ufficio suo?

La dottrina francese però andava più innanzi ancora, ritenendo che: “ *anche dopo la nomina del nuovo tutore*, chiamato in luogo del cessato, il surrogato tutore conservasse “ le sue funzioni, salvo il caso che divenisse ugualmente “ necessario il sostituire un altro surrogato tutore a lui, “ per essere stato nominato il nuovo tutore prendendolo “ nella medesima linea a cui il surrogato tutore apparte- “ nesse „ (3). Alcuni altri modificarono questa opinione;

(1) V. Toullier, t. II, n. 1136.
(2) V. Marcadé, art. 425, t. II, n. 219; Demolombe, t. VII, n. 383.
(3) V. Duranton, t. III, n. 520; Aubry et Rau, t. I, § 122.

ammettendo che " il consiglio di famiglia, da cui fosse " stato nominato il nuovo tutore, avesse sempre la facoltà " di *sostituire anche un altro surrogato tutore* a quello che " per diritto rimarrebbe in ufficio; attesochè per sorve- " gliare convenientemente il nuovo tutore possano talvolta " abbisognare altre qualità, per esempio una maggior " pratica di affari, di quelle che bastavano per esercitare " efficacemente tale uffizio verso il primo tutore „ (1).

Questa, che forse poteva essere considerata come una opinione alquanto ardita, a fronte di una legislazione la quale non dava indizio di tale facoltà, che si voleva attribuire al consiglio di famiglia, fu convertita in legge nel nostro codice coll'art. 267, così espresso:

" Il protutore cessa con la nomina di un nuovo tutore: " il consiglio di famiglia lo può rieleggere „.

Non dunque la cessazione relativa della tutela, ma la nomina che ne conseguita del nuovo tutore fa finire di pien diritto le funzioni del protutore.

Vero è che nel nostro codice non fu ammesso tra gli uffici speciali del protutore quello di vegliare sull'amministrazione del tutore, per non dargli, corrispondentemente a quest'obbligo, il diritto, che sarebbe stato necessario, di sindacare ne' suoi più intimi particolari la gestione del tutore stesso, il che avrebbe facilmente dato causa a gravi inconvenienti nell'andamento della tutela. Tuttavia, come dimostrammo, si lasciò al protutore quella facoltà di sorveglianza generale sull'esercizio della tutela, che era indispensabile affinchè potesse compiere perfettamente la parte sostanziale dell'ufficio suo, che è di supplire al tutore, provvedendo in ogni caso di necessità agl'interessi del minore, e promuovendo anche dal consiglio di famiglia contro il tutore stesso i provvedimenti che si dimostrassero necessari od utili. Ora è chiaro che a raggiungere questo intento,

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, c. VIII, obs., pag. 301; Demolombe, t. VII, n. 385.

d'una efficace protezione dell'incapace per opera del protutore, evitando ad un tempo dannosi conflitti tra lui e il tutore, molto possono influire le qualità personali dell'uno e dell'altro; epperò può accadere talora che non convenga più tenere a fianco del nuovo tutore una persona, che pure poteva esercitare opportunissimamente le stesse funzioni presso il tutore precedente. Partendo da questo concetto, il nostro legislatore ha poi riflettuto che più difficile sarebbe divenuto il cambiamento del protutore in seguito a quello del tutore, qualora si fosse stabilito per massima il mantenimento in ufficio del protutore antico, lasciando al consiglio di famiglia la facoltà di rimuoverlo e surrogargliene un altro. E reputò miglior consiglio ritenere cessato di diritto l'ufficio del protutore dal momento della nomina del nuovo tutore, dando al consiglio di famiglia la facoltà della rielezione, ed obbligandolo con ciò a deliberare maturamente sulla convenienza dell'uno piuttostochè dell'altro partito.

È poi evidentissimo che quando avvenga cessazione relativa dell'ufficio di protutore per una delle cause sopraddette, cioè per morte di lui, per incapacità sopraggiunta, per rimozione, per dispensa ottenuta, per abbandono dell'ufficio, ciò non può menomamente influire a produrre uguale cessazione delle funzioni del tutore, e si fa luogo soltanto a provvedere immediatamente nei modi di legge alla nomina d'un nuovo protutore.

SEZIONE IV.

Delle cause che possono ostare all'esercizio degli uffici tutelari.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 122. Caratteri principali che differenziano le varie cause per le quali può essere posto ostacolo all'esercizio degli uffici tutelari. Caratteri comuni tra quelle cause.

122. Allorchè, secondo le regole sopra esposte, sia deferito ad una persona qualcuno degli uffici della tutela, possono verificarsi relativamente alla persona stessa cause che ostino all'esercizio di tale ufficio, e facciano quindi luogo a deferirlo ad altri colle norme generali già dimostrate. Queste cause possono appartenere a due ordini distinti, che costituiscono tra esse una differenza caratteristica e fondamentale. Alcune sono imposte dalla legge alla persona che sarebbe investita dell'ufficio tutelare, alla quale impediscono di assumere o continuare l'esercizio di tale ufficio; sono però da considerarsi come *necessarie*, e si suddistinguono in cause d'*incapacità* e in cause d'*indegnità*, le quali ultime fanno poi luogo, secondo i casi, all'*esclusione* od alla *rimozione*. Altre non sono imposte, ma concedute dalla legge alla persona, la quale pertanto rimane libera di giovarsene per sottrarsi al carico dell'ufficio tutelare, o di esercitarlo non ostante l'esistenza di quelle cause; si riguardano perciò come *facoltative*, e sono quelle che diconsi *cause di dispensa*. Alcuni autori pongono come fondamentale la triplice distinzione tra le *cause di dispensa*, quelle d'*incapacità* e quelle d'*esclusione* o *rimozione* (1). Ma queste ultime due classi, tra le quali pure esistono differenze importanti, che rileveremo più innanzi, hanno però tra loro un carattere comune, consi-

(1) V. PROUDHON, *Traité de l'état des personnes*, t. II, c. X, pag. 330; DEMOLOMBE, t. VII, n. 393.

stente nell'essere *necessarie*, il che le differenzia sostanzialmente dalle cause semplicemente *facoltative*, le quali fanno luogo a *dispensa*. Sembra dunque più opportuno per l'ordine e la chiarezza delle idee l'attenersi, innanzi tutto, a questa prima distinzione fondamentale; salvo il far poi tra le cause necessarie di privazione degli uffici tutelari quelle suddistinzioni che i principii teorici e le regole del diritto positivo possono suggerire. D'altronde il carattere della necessità e quello di pura facoltà non sono i soli che distinguano le *cause d'incapacità* e quelle *d'indegnità*, le ultime delle quali dànno poi luogo all'*esclusione* od alla *rimozione* dalle *cause di dispensa*. Le prime sono comuni *a tutti gli uffici tutelari*, come apparisce dalla intitolazione stessa di questa Sezione IV, e più chiaramente ancora dalle espresse disposizioni degli articoli 268 e 269, i quali dichiarano che per identiche cause non possono assumere gli uffici che loro spetterebbero, e devono cessarne qualora li avessero assunti, o devono esserne esclusi o rimossi, tanto i *tutori*, quanto i *protutori*, i *curatori*, e coloro che sarebbero chiamati a *far parte d'un consiglio di famiglia*. Le cause di dispensa, invece, sono *limitate agli uffici di tutore e protutore*, il che pure è espresso nell'intitolazione della Sezione V, e nel testo degli articoli 272, 273 e 274. Non è che rispetto agli uffici di consulente e di curatore sia esclusa la possibilità di ottenerne dispensa; ma le cause da cui questa può essere giustificata sono regolate da norme affatto diverse e più ampie. Già vedemmo, infatti, quanto alle persone chiamate a far parte del consiglio di famiglia o di tutela, che secondo l'articolo 254 il pretore ha facoltà di dispensarnele sopra loro domanda, qualora riconosca abbastanza gravi i motivi che ne siano addotti, senza che questi siano determinati tassativamente dalla legge (1). E vedremo più oltre che a norma dell'articolo 276 anche il curatore può essere dispensato

(1) V. sopra, n. 56, pag. 209-212.

dall'ufficio suo per deliberazione del consiglio di famiglia, qualora il curatore medesimo vi acconsenta, e il consiglio reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore.

Di fronte ai caratteri differenziali tra le cause necessarie e le cause facoltative, che possono formare ostacolo allo esercizio degli uffici tutelari, le une e le altre hanno nondimeno qualche carattere comune. Esse tutte sono ugualmente personali, in quanto che dipendono dalla qualità delle persone a cui gli uffici tutelari sarebbero deferiti, o dalle condizioni particolari in cui tali persone si trovino; sono ugualmente ed unicamente dipendenti dalle disposizioni della legge, alla quale sola appartiene il regolare tutto ciò che concerne il conferimento e l'esercizio di uffici civili considerati come attinenti all'ordine ed all'interesse generale, quali appunto sono quelli della tutela.

Da quest'ultima riflessione deriva eziandio che le cause determinate dalla legge per l'incapacità, la esclusione, la rimozione, la dispensa dagli uffici tutelari, debbano tutte del pari riguardarsi sempre come *tassative.* — Quanto alle cause necessarie di privazione degli uffici tutelari, la massima generale sopra indicata non potrebbe ammettere disputa. Quelli della tutela sono *uffici civili*, epperò costituiscono un diritto non meno che un carico per coloro a cui sono attribuiti; ne segue dunque che a nessuno possa essere impedito l'esercizio di essi, se non per cause determinate dalla legge, le cui disposizioni debbono quindi in questa materia essere strettamente interpretate ed applicate. Tuttavia vi è un punto intorno a cui non sono concordi le opinioni degli autori. Qualcuno intende in senso tanto rigoroso il carattere limitativo delle disposizioni concernenti l'incapacità, l'esclusione o la rimozione dagli uffici tutelari, da ritenere che le leggi, da cui ne siano stabilite le cause, *debbano essere prese alla lettera, e non sia lecito ricorrere al loro spirito per estenderne il testo;* poichè, si dice, con ciò *si creerebbero delle incapacità, si farebbe la*

legge (1). Altri, invece, pensano esser vero che *i tribunali non possano creare delle incapacità, di cui la causa o il germe non si trovi indicato dalla legge; ma non essere poi sostenibile che non sia lecito ai tribunali di estendere le cause d'incapacità ammesse dalla legge a persone o a casi a cui la legge medesima non ne abbia fatta testualmente l'applicazione* (2). La prima di queste opinioni pare a noi che esageri alquanto l'applicazione del principio incontestabile, che le leggi, dalle quali siano stabilite incapacità, siccome eccezionali, debbano essere strettamente interpretate. Certamente occorre un testo di legge per fondarvi una incapacità. Gli argomenti d'analogia, l'identità di motivi sarebbero insufficienti per autorizzare l'interprete a creare incapacità che non risultassero da un testo formale legislativo; con ciò egli sostituirebbe l'ufficio proprio a quello del legislatore. Ma è ben altrimenti quando vi è un testo, il cui spirito si estende più che il significato letterale delle espressioni in cui è formulato. Il dare a quel testo tutta la importanza ch'esso ha secondo l'intenzione del legislatore non è estenderlo ad arbitrio dell'interprete; non è fare la legge, ma spiegarla secondo ragione; non è creare una incapacità, ma applicar quella che il legislatore ha voluto. L'opinione che riferimmo da ultimo sembra dunque da preferirsi; bene inteso, del resto, che l'interpretazione estensiva sia ammissibile sol quando sia manifesta la intenzione del legislatore di comprendere virtualmente nella disposizione, colla quale ha stabilita la incapacità, anche persone o casi che non si troverebbero letteralmente indicati, e che qualunque dubbiezza rimanga, debba essere risolta in favore della capacità.

Quanto alle *cause facoltative*, che dànno luogo ad esimersi dall'esercizio degli uffici tutelari, era questione controversa in diritto francese se anch'esse dovessero considerarsi

(1) V. Laurent, t. IV, n. 513, 420.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 92, nota 11, § 104, n. 1.

come tassative, o se il consiglio di famiglia avesse il potere di ammettere domande di dispensa fondate su motivi diversi da quelli che erano espressamente stabiliti dalla legge. Avremo più innanzi occasione di fare qualche cenno su questa controversia, che troveremo risolta dall'art. 276 del nostro codice nel senso di ammettere che, oltre alle cause legali di dispensa, sia attribuita al consiglio di famiglia la facoltà di dispensare quandochessia dagli uffici tutelari coloro che consentano a rassegnarli, qualora il consiglio medesimo reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore. Ma vedremo ancora le gravissime differenze che distinguono le cause ordinarie e legali — per le quali la persona, che sarebbe chiamata all'esercizio degli uffici tutelari, o ne è dispensata direttamente dalla legge, od ha diritto di esserne dispensata dal consiglio di famiglia — e questa specie di *scuse estralegali*, abbandonate totalmente al potere discrezionale del consiglio medesimo, e fondate principalmente sull'interesse del minore anzichè sull'interesse della persona chiamata all'uffizio di tutore, di protutore o di curatore. Ond'è che l'ammissione indefinita della facoltà di dispensa, per motivi lasciati liberamente all'apprezzamento prudente del consiglio di famiglia, non toglie interesse al quesito dell'essere tassative le cause legali di scusa, stabilite negli articoli 272-274. Al quale quesito reputiamo certo doversi dare risposta affermativa. Gli uffici della tutela, essendo considerati come attinenti all'ordine pubblico, all'interesse generale, sebbene non possano a rigore meritare la qualificazione di *uffici pubblici* (1), ne segue dunque che nessuno possa esimersi dall'esercitarli, quando vi sia legittimamente chiamato, se non per cause ammesse dalla legge stessa siccome meritevoli di dispensa. Dalla legge deriva l'obbligatorietà di codesti uffici per motivi d'interesse generale; da essa sola può dipendere lo sciogliere da tale

(1) V. sopra, n. 11, pag. 23.

obbligo nei casi in cui lo reputi conveniente. Il riconoscere un *diritto di ottenere dispensa* fuori dei casi a cui si riferisca la lettera o lo spirito del testo legislativo, sia argomentando *per analogia* dai casi espressamente contemplati ad altri, sia, e molto più, fondandosi sopra considerazioni di diritto costituendo, sarebbe affatto arbitrario, e diverrebbe una usurpazione sui poteri del legislatore, a cui solo spetta di regolare ciò che è d'interesse pubblico, di derogare, quando lo stimi opportuno, alle norme generali che per tale interesse ha stabilito.

§ I. — *Delle cause necessarie costituenti impedimento all'esercizio degli uffici tutelari.*

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 123. Distinzione tra le cause d'incapacità e d'indegnità agli uffici della tutela.

123. L'impedimento, che la legge opponga all'esercizio degli uffici della tutela da parte d'una determinata persona che vi sarebbe chiamata, può derivare da cause d'*incapacità* o da cause d'*indegnità*. Le prime sono costituite da qualità personali o da fatti incolpevoli, che però, secondo la presunzione della legge, rendono la persona inetta ad adempiere convenientemente nell'interesse del minore le funzioni della tutela; le altre consistono in fatti delittuosi, o sott'altro aspetto riprovevoli, o, in ogni caso, tali da apportare disistima, i quali, sconsigliando dall'accordare alla persona quella fiducia che sarebbe necessaria per affidarle uffici di tanta importanza, inducono la legge ad impedirle mediante l'*esclusione* di assumere tali uffici, od a comandarne la *rimozione* qualora li avesse già assunti.

La parola *indegnità* non è veramente usata in questa parte del codice. Ma l'*esclusione* e la *rimozione*, di cui vi

è parlato distinguendole dall'*incapacità*, non differiscono tra loro se non per essere le cause di quella preesistenti, le cause di questa sopravvenute al deferimento degli uffici tutelari, essendo, del resto, identiche sì per l'una che per l'altra le cause medesime. Così risulta infatti anche dal testo dell'art. 269, che dichiara *essere escluse dagli uffici tutelari e doverne essere rimosse*, qualora li avessero assunti, le persone che si trovino in una delle circostanze previste nell'articolo stesso. D'altra parte anche l'*incapacità* fa luogo tanto a vietare l'assunzione degli uffici tutelari alle persone che da qualche causa di tale incapacità siano colpite, quanto a dover cessare dagli uffici medesimi coloro che già li abbiano assunti e a carico dei quali simili cause d'incapacità sopravvengano. L'unica distinzione, che importi veramente di stabilire, è dunque tra le cause d'*incapacità* e quelle d'*indegnità*. Si afferma generalmente che l'unica differenza tra esse consista nei motivi che le hanno fatte stabilire, motivi che non hanno nulla di disonorante quanto alle cause d'incapacità, mentre quelle di esclusione o destituzione implicano una taccia d'immoralità, di disordine, od almeno di difetto d'intelligenza o di perizia nella trattazione degli affari. Ciò stesso sarebbe intanto una giustificazione sufficiente della distinzione tra le cause d'incapacità e quelle d'indegnità. Ma inoltre non sembra neppure esatto il concetto che siano perfettamente identici gli effetti dell'una e dell'altra. La incapacità opera gli effetti suoi per virtù diretta della disposizione della legge; e chi assuma o continui ad esercitare un ufficio tutelare essendone per legge incapace, lo esercita *di fatto*, non di diritto, per difetto della qualità necessaria (1). Al contrario, se si tratta d'una causa d'indegnità, la esclusione o la rimozione non ha luogo se non per una deliberazione del consiglio di famiglia, soggetta inoltre a richiamo davanti il tribunale; e finchè tale esclu-

(1) V. sopra, n. 20, pag. 60-61.

sione o rimozione non sia pronunciata, la persona che assuma o continui ad esercitare le funzioni tutelari le esercita non solo di fatto, ma anche legalmente, con tutti gli effetti giuridici che ne son proprii. Queste idee ci sembrano nel diritto nostro conformi alla disposizione espressa dell'art. 271, che stabilisce *dover essere proposte dinanzi al consiglio di famiglia le domande cui possono dar luogo le disposizioni dei due precedenti articoli*, relative all'esclusione ed alla rimozione; ed ammette così implicitamente non essere da presentarsi istanza al consiglio di famiglia per far dichiarare la *incapacità*, di cui è parlato nell'articolo 268.

Una teoria diversa era, per verità, professata dagli interpreti del codice Francese, le cui disposizioni nel presente argomento differivano però in parecchie parti da quelle del codice nostro. Ammettevano quegli autori che “ le cause d'incapacità non avessero, in generale, bisogno “ d'essere pronunciate, ed avessero effetto di pien diritto ”, ma eccettuavano quella che consistesse in una lite vertente tra il tutore e il minore, e ritenevano che in tal caso essendo indispensabile un apprezzamento sulla esistenza della contestazione e sulla natura ed importanza di essa, che mettesse in pericolo lo stato, la sostanza o una parte considerevole de' beni del minore, il pronunciarsi su di ciò spettasse al consiglio di famiglia, per analogia di quanto disponeva espressamente la legge nei casi d'esclusione o destituzione o di dispensa. Rispetto alle cause di esclusione o destituzione, il codice Francese disponeva espressamente nell'art. 443 che quella dipendente da condanne penali avesse effetto *ipso iure;* e i predetti autori ritenevano poi che per tutte le altre spettasse al consiglio di famiglia il pronunciare l'esclusione o rimozione, quantunque l'art. 446 di quel codice parlasse soltanto di quest'ultima (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 496, 497; Laurent, t. IV, n. 518.

Questa dottrina fu riprodotta in identici termini da qualcuno degli scrittori nostri (1).

Ma, per ammettere che anche sulla incapacità d'una persona ad un uffizio tutelare avesse a pronunciarsi formalmente il consiglio di famiglia, bisognerebbe prima, se non erriamo, cancellare dall'art. 271 il riferimento che esso fa *ai soli due articoli precedenti*, e fargli dire in genere che " le domande a cui possono dar luogo *le disposizioni* " *degli articoli precedenti*, saranno proposte dinanzi al " consiglio di famiglia ", sicchè vi si potessero comprendere anche i casi contemplati nell'art. 268. D'altro lato, guardando anche ai termini in cui quest'altro articolo è espresso, non vi troviamo parola che accenni alla competenza del consiglio di famiglia per dichiarare l'incapacità dei tutori, protutori, curatori, o consulenti; vi troviamo invece le espressioni corrispondenti all'idea che gli effetti dell'incapacità si producano direttamente per sola virtù della legge, essendo detto che *codesti incapaci non possono assumere l'ufficio* che loro spetterebbe, o *debbono cessarne*. È ben vero che tra le cause d'incapacità annoverate nel predetto articolo 268 ve ne ha una rispetto a cui può rendersi indispensabile una decisione, nella quale sia riconosciuta l'esistenza degli estremi necessari secondo la legge per costituire la causa d'incapacità; ed è quando si tratti di lite vertente tra il minore e il tutore, o il padre, o la madre, o i discendenti, o il coniuge di questo; perchè, in caso di contestazione, è necessario determinare, non solo se la lite sia pendente o sia per sorgere, ma ancora se sia tale da mettere in pericolo lo stato del minore od una parte notabile delle sue sostanze (n. 3 dell'art. 268). Ma ciò non è decisivo, innanzi tutto, per dover ritenere che la competenza a proferire la decisione necessaria spetti al consiglio di famiglia. La legge gli ha attribuita una simile competenza per pronunziare sulle questioni

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 592.

che insorgano intorno agli oggetti contemplati negli articoli 269 e 270, cioè pei casi d'*esclusione* e *rimozione*; ma è questa un'attribuzione straordinaria, che esce dai limiti comuni degli uffici assegnati al consiglio di famiglia. E poichè, tutt'altro che estenderla espressamente anche ai casi in cui si tratti di decidere questioni sollevate intorno alla capacità dei tutori, protutori, curatori, o consulenti, l'art. 271 ha mostrato anzi chiaramente di escludere questi casi, riferendosi ai soli *due articoli precedenti*, che riguardano l'esclusione e la rimozione, non resta dunque, per riguardo alle contestazioni che sorgano intorno all'addotta incapacità di quei funzionari, che ricorrere alle regole generali, ritenendo che competente a deciderne sia la sola autorità giudiziaria. La sentenza poi, che quest'autorità pronunzi, avendo per natura sua un *carattere puramente dichiarativo*, ne seguirà che la proibizione di assumere gli uffici tutelari o la cessazione da essi, per chi ne sia incapace, non abbia a riguardarsi come derivante dalla sentenza stessa, ma come effetto diretto e immediato della disposizione della legge; effetto verificatosi giuridicamente fin dal momento in cui ha esistito la causa d'incapacità dalla legge stessa contemplata; sicchè, se dopo quel tempo l'incapace abbia esercitate le funzioni tutelari, le avrà esercitate *di fatto* soltanto, non di diritto.

Nè vediamo difficoltà ad applicare questi principii anche al caso previsto nel n. 3 dell'articolo 268. Poniamo che chi sarebbe chiamato per testamento o per legge all'uffizio di tutore abbia col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore stesso od una parte notabile delle sue sostanze. Costui, come incapace, mancherà per legge della qualità necessaria ad esser tutore; e se, non ostante ciò, ne assuma o continui ad esercitarne le funzioni, agirà come tutore di fatto, ma non potrà mai essere considerato quale tutore di diritto. I terzi, che trattino affari con lui, agiranno quindi con chi non ha qualità legittima per rappresentare il minore, e dovranno subire tutte le conse-

guenze giuridiche di questa condizione di cose, salvo soltanto il poter difendere la validità degli atti compiuti, appoggiandosi alla *buona fede* in cui i terzi medesimi si fossero trovati contrattando (1). Se poi insorga contestazione intorno all'esistenza o alla natura ed entità della lite, da cui per una parte si neghi, per l'altra si affermi essere derivata a norma di legge l'incapacità del tutore, la questione dovrà essere risolta dal tribunale competente, senza che abbiasi a presentar prima la domanda al consiglio di famiglia, contro la cui deliberazione soltanto facciasi luogo a richiamo davanti il tribunale, com'è disposto nell'art. 271 per ciò che riguarda l'esclusione e la rimozione.

Ecco in qual senso dicemmo che le cause d'incapacità operano i loro effetti per sola e diretta virtù della disposizione della legge, senza bisogno che intervenga un atto di autorità del consiglio di famiglia, e salva soltanto la competenza comune dell'autorità giudiziaria per dirimere le controversie che insorgano, con quell'effetto puramente dichiarativo che d'ogni sentenza è proprio.

È stato osservato in contrario, che spettando al consiglio di famiglia, secondo l'articolo 245, il procedere alla nomina del nuovo tutore da sostituirsi all'incapace, il consiglio medesimo dovrà dunque necessariamente risolvere prima la questione dell'incapacità del tutore (2). Ed è certo che appunto perchè le cause d'incapacità operano gli effetti loro per sola virtù della legge, se quelle cause si verifichino, si farà luogo alla nomina di un nuovo tutore dativo, senza bisogno che preceda la dichiarazione giudiziale dell'incapacità di chi era chiamato prima alle funzioni di tutore. Sarà questa nuova nomina stessa che potrà dar luogo ad una contestazione giudiziale da portarsi davanti il tribunale. Ma non è, ad ogni modo, da confondersi un tale atto del consiglio di famiglia colla decisione ch'esso è chiamato

(1) V. sopra, n. 20, pag. 62, 63.
(2) V. Ricci, t. I, n. 400, pag. 512, 513.

a pronunciare, secondo l'art. 271, sulle domande di esclusione o di rimozione. L'oggetto di quell'atto consisterà unicamente nella nomina d'un nuovo tutore, sebbene di tale nomina formi fondamento necessario la ritenuta incapacità di chi era precedentemente chiamato a quelle funzioni; nè sarà necessario presentare al consiglio una domanda formale per la dichiarazione di quella incapacità, nè che sia sentita o debitamente citata la persona ritenuta incapace. Tutto ciò è invece espressamente richiesto, pei casi di esclusione o di rimozione, dall'art. 271, la cui generalità non permette alcuna distinzione tra le diverse cause che alla esclusione od alla rimozione possono far luogo. Vi sono alcune di esse, per le quali forse sarebbe stato ragionevole dichiarare, come faceva l'art. 443 del cod. Francese, che avessero ad " operare *ipso iure* l'esclusione dalla tutela, " ed a produrre ugualmente la destituzione, nel caso in cui " si trattasse d'una tutela già conferita „, e sono quelle che risultino da sentenza portante condanna penale o dichiarante il fallimento. Così, sulle tracce della dottrina francese, è ritenuto anche da qualche scrittore nostro (1). Ma nel codice Italiano non vi è una disposizione simile; e gli articoli 269-271 contemplano del pari tutte le diverse cause possibili di esclusione o di rimozione, e per tutte ugualmente richiedono che le domande relative debbano esser proposte dinanzi al consiglio di famiglia, il quale non possa deliberare se non siano state sentite o debitamente citate le persone da escludersi o rimuoversi, salvo, in ogni caso, il diritto di richiamo davanti il tribunale.

Ci appiglieremo forse a quella espressione dell'art. 271: " le domande *cui possono dar luogo* le disposizioni dei due " precedenti articoli „, per argomentarne essere stato riconosciuto dal legislatore che per alcune soltanto delle cause di esclusione o rimozione si faccia luogo a dichiarazione formale del consiglio, mentre altre operino i loro effetti

(1) V. Pacifici-Mazzoni, l. c.

ipso iure? Ma la formola della legge si spiega in tutt'altro modo; perchè non è proprio necessario che la dichiarazione di esclusione o rimozione sia promossa mediante apposita domanda, e può essere pronunciata anche *d'ufficio* dal consiglio. D'altronde quella interpretazione sarebbe in contraddizione manifesta colle espressioni generali dell'ultimo paragrafo del medesimo articolo, che per qualunque caso di esclusione o rimozione del tutore o del protutore esige una deliberazione formale del consiglio di famiglia, sentite prima o debitamente citate le persone da escludersi o rimuoversi.

Penseremo forse che la deliberazione formale del consiglio sia necessaria sempre per pronunciare la rimozione, non sia necessaria mai per dichiarare l'esclusione, argomentandolo dai termini, apparentemente diversi, che furono adoperati nell'art. 269, dicendo: *sono esclusi*..... e *debbono essere rimossi?* Ma quest'idea sarebbe smentita due volte per una; dal contesto dello stesso art. 269, che sì per la esclusione che per la rimozione considera come soggette alle medesime norme tutte indistintamente le cause che vi dànno luogo, tra le quali anche quelle dipendenti da notoria cattiva condotta, da notoria incapacità di amministrare, da provata infedeltà e trascuratezza, da abuso di autorità nell'esercizio della tutela, rispetto alle quali nessuno pone in dubbio la necessità, tanto per l'esclusione quanto per la rimozione, che queste siano pronunciate formalmente per deliberazione del consiglio di famiglia, e dall'art. 271, che anche all'esclusione, e senza distinguere da quale causa possa dipendere, rende espressamente comuni le identiche norme quanto alle deliberazioni che sovr'essa ha da prendere il consiglio di famiglia.

È vero, già ne convenimmo, che poteva sembrare più opportuna la disposizione dell'art. 443 del codice Francese, che per le cause di esclusione o rimozione dipendenti da condanna penale dichiarava che producevano i loro effetti *iure ipso*. Ma forse il legislator nostro pensò che trattan-

dosi d'una specie di pena civile, da aggiungersi a carico di chi avea subìta una condanna penale, era bene che non fosse inflitto questo nuovo marchio di disonore senza che la persona, che avrebbe a soffrirlo, fosse chiamata a presentare quelle difese che per avventura potesse avere proponibili, e dopo ciò si desse luogo ad una pronunciazione formale del consiglio di famiglia su tale proposito. Comunque sia, par chiaro che il concetto secondo cui per le sole cause di esclusione contemplate nel n. 3 dell'art. 269 sarebbe necessario provocare ed ottenere dal consiglio di famiglia una deliberazione formale secondo le norme dell'art. 271, mentre le altre cause, dipendenti da sentenza di condanna penale o dichiarante il fallimento, opererebbero i loro effetti di pien diritto, par chiaro, diciamo, che tale concetto non sia conciliabile colle disposizioni testuali del nostro codice. Epperò, reputiamo di poterne conchiudere che l'esclusione o la rimozione dagli uffici tutelari, qualunque sia la causa su cui si fondi, non ha mai luogo *ipso iure*, ma solo per formale deliberazione del consiglio di famiglia, pronunciata secondo le norme stabilite dalla legge, e soggetta inoltre a richiamo davanti il tribunale.

Dimostrate così le principali differenze che reputiamo esistere tra le cause d'*incapacità* e quelle d'*indegnità*, le quali ultime, a lor volta, fanno luogo alla *esclusione* od alla *rimozione* dagli uffici tutelari, resta ora che ci occupiamo particolarmente di ciascuna di quelle cause, come le ha determinate la legge.

A) *Delle cause d'incapacità.*

Sommario. — 124. Considerazioni generali su questo argomento. — 125. 1) Le donne sono generalmente reputate incapaci degli uffici tutelari. — 126. Eccezioni alla regola indicata nel numero precedente. — 127. 2) Sono incapaci agli uffici tutelari coloro che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio. — 128. 3) Persone incapaci degli uffici tutelari a cagione d'una lite col minore. — 129. Non sono ammissibili altre cause d'incapacità, oltre a quelle precedentemente accennate.

124. Le cause d'incapacità agli uffici tutelari, determinate nell'art. 268 del codice civile, si conformano al principio fondamentale in questa materia della tutela, che tutto debba essere coordinato a proteggere gl'interessi del minore. Sono quindi allontanati da tali uffici coloro che per le loro qualità o condizioni personali dànno ragione di presumere che non abbiano le attitudini necessarie per difendere efficacemente e curare convenientemente la persona del minore, per amministrarne utilmente i beni; e coloro i quali, se fossero ad essi affidati gli uffici della tutela, sarebbero esposti ad un conflitto pericoloso tra il loro dovere e il loro interesse. Pel primo di questi motivi si dichiararono incapaci: 1° “ le donne, eccettuate le ascen-“ denti e le sorelle germane non maritate; 2° coloro che “ non abbiano la libera amministrazione del proprio patri-“ monio „ (art. 268, n. 1 e 2). Pel secondo motivo fu pure stabilita l'incapacità di “ tutti quelli che abbiano o siano “ per avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti “ od il coniuge abbiano o siano per avere col minore una “ lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore “ od una parte notabile delle sue sostanze „ (art. 268, n. 3).

All'esercizio di qualunque degli uffici tutelari, e parimente a quello di curatore per un minore emancipato, formano impedimento le cause preindicate d'incapacità; perchè certamente, se non ugualmente, in essi tutti sarebbe esposto a danni l'interesse del minore, se ne venisse affidata la protezione a quegl'incapaci. Alcune poi di quelle

cause d'incapacità possono sopravvenire durante l'esercizio degli uffici predetti; e come la preesistenza di esse avrebbe impedito di assumerli, così la loro sopravvenienza deve imporre di cessarne, giacchè il continuarne ciò non ostante l'esercizio potrebbe esser causa di pari danno al minore. Quindi è che le persone comprese nel novero degl'incapaci " non possono essere tutori, protutori, curatori, nè far parte " dei consigli di famiglia, e devono cessare da questi uffici " qualora li avessero assunti „ (art. 268, § 1, cod. civile). L'interpretazione che diamo a queste ultime parole, intendendole riferibili ai casi in cui le cause d'incapacità siano sopraggiunte, è la più naturale, sebbene non sia per certo ammissibile che chi abbia assunto un ufficio della tutela, in onta ad una causa d'incapacità fin d'allora esistente, possa continuare nell'esercizio di tali funzioni; ma allora, in senso giuridico, non si tratta più veramente di *cessazione dall'ufficio*, poichè legalmente non n'è mai stato investito chi fu sin da principio incapace ad assumerlo.

125. 1). Secondo il codice nostro le donne sono ritenute generalmente incapaci degli uffici tutelari. Nella compilazione del progetto " fu ventilata la questione, se la " donna dovesse venire ammessa all'esercizio della tutela. " Prevalse l'opinione negativa, perchè il principio di " eguaglianza civile tra maschi e femmine, dal quale è in- " formato il progetto, non sembrò doversi estendere sino " ad ammettere per regola la donna all'esercizio di un pub- " blico ufficio. D'altronde, le domestiche cure che appar- " tengono più specialmente alla donna, la riservatezza " naturale che ne concentra tutta l'operosità a benefizio " della famiglia, debbono essere dal legislatore grande- " mente rispettate „ (1).

Alla Commissione coordinatrice fu proposto da uno dei commissari (*Precerutti*) di " sopprimere il n. 1 dell'arti-

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 28.

" colo 281 (art. 268 del codice), che dichiara non poter le
" donne essere tutrici, salvo le eccezioni di cui in esso „;
ma tale mozione fu respinta alla maggioranza di 9 voti contro 3 (1).

La generalità del testo e i motivi stessi della disposizione dimostrano chiaramente non esservi luogo a distinguere tra donne maritate, nubili, o vedove, e tutte ugualmente essere colpite dalla incapacità stabilita in via di regola generale dalla disposizione contenuta nel n. 1 dell'articolo 268.

126. La regola generale per cui le donne furono dichiarate incapaci degli uffici tutelari parve però suscettibile di eccezioni, per rispetto a quelle persone nelle quali lo strettissimo vincolo di parentela, la forza dell'affetto naturale verso il minore, la presunta conoscenza degli affari di famiglia potessero supplire alle minori attitudini pel disimpegno degli uffici di tutela. Per queste considerazioni furono eccezionalmente dichiarate capaci *le ascendenti e le sorelle germane non maritate.*

" Escluse le donne per regola generale, fu detto nella
" Relazione ministeriale, era opportuno eccettuare la madre
" e le altre ascendenti del minore. Per la madre non vi
" poteva essere questione, giacchè è ammessa all'esercizio
" della patria potestà. Riguardo alle altre ascendenti, la
" prossimità della parentela, il dovere che per natura e per
" legge esse hanno di provvedere alla prole, la conoscenza
" presunta delle cose di famiglia, i sentimenti di affezione
" che sono in esse predominanti, tutto insomma concorre
" a rendere non solo conveniente, ma necessaria tale ecce-
" zione. Ma il progetto andò più oltre, e fra le donne a
" cui permise la tutela annoverò le sorelle germane non
" maritate. Spesso queste donne, a cui venne meno l'occa-
" sione propizia del matrimonio, concentrano tutti i loro

(1) V. Proc. verb., n. 18, § IV, pag. 189.

“ pensieri, i loro affetti e le loro cure nella famiglia in cui “ nacquero; l'eccezione che già si era fatta per le ascen- “ denti parve giustamente applicabile anche ad esse „ (1).

Che fosse incontrovertibile la capacità alla tutela per la madre, dappoichè era ammessa anche all'esercizio della patria potestà, poteva ben dirsi nel sistema adottato dal progetto, che limitava la patria potestà finchè solo durasse il matrimonio dei genitori, e sciolto il matrimonio per la morte di uno dei coniugi trasformava la patria potestà in tutela, deferendo questa al genitore superstite. Ma nel codice essendosi poi abbandonato un tale concetto, sostituendovi l'altro che anche dopo sciolto il matrimonio per la morte d'uno dei coniugi continui la patria potestà, e venga esercitata dal genitore superstite (art. 220, § ultimo, codice civile), sarebbe stato incongruo parlare ancora di *capacità della madre legittima ad esser tutrice*. Quindi è che venne modificata la dizione degli articoli 237 del progetto ministeriale e 281 del progetto senatorio, togliendone la menzione della madre. Ma la *madre naturale*, che abbia riconosciuto il figlio minore di età, ne ha pure la *tutela legale*, secondo l'art. 184 cod. civile; ed è questa dunque un'altra eccezione, che risulta da una disposizione a parte, contro la regola generale che stabilisce l'incapacità delle donne alla tutela. Nè è questo il solo caso per cui si dimostri che le eccezioni a tale regola non sono tutte racchiuse nella disposizione dell'art. 268, n. 1. Un altro ne troviamo nell'art. 330, in virtù di cui anche la moglie maggiore di età e non separata legalmente è tutrice di diritto del marito interdetto per infermità di mente.

Ritornando all'art. 268, esso ammette eccezionalmente la capacità delle donne quando siano ascendenti del minore, o sorelle germane di lui non maritate. Diciamo *le ascendenti*, senza distinguere se siano vedove o rimaritate: sembrandoci che ciò sia evidentemente conforme alla lettera del

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 28.

testo, e sia stato inoltre chiarissimamente raffermato dai motivi espressi nel brano sopra riportato della Relazione ministeriale, da cui apparisce che le parole *non maritate* si vollero riferire esclusivamente alle sorelle del minore, essendosi reputato che esse, quando non trovino marito, concentrino i loro pensieri, i loro affetti, le loro cure nella famiglia in cui nacquero, e divengano così più adatte ad esercitare la tutela pei loro fratelli germani minori di età. Da quel brano di relazione risulta in modo da non poterne dubitare che le sole considerazioni, determinanti la disposizione della legge in riguardo alle ascendenti, furono la prossimità di loro parentela col minore, i loro doveri ed affetti naturali verso il discendente, la loro conoscenza degli affari di famiglia, cose tutte indipendenti dallo stato libero, o no, in cui quelle ascendenti si trovino; che quindi si parlò di loro rendendole capaci degli uffici di tutela senza neppure pensare ad esigere che fossero in istato di vedovanza. Nondimeno un nostro scrittore ha detto che: “ Si “ eccettuano le ascendenti di qualunque linea e grado, e “ le sorelle germane del minore..... *ma tanto le une che le* “ *altre devono essere non maritate, nubili o vedove* „ (1). Parlando di *nubili* ha per certo inteso di riferirsi soltanto alle sorelle, giacchè le ascendenti non possono essere che maritate o vedove. Ma questa condizione della vedovanza parrebbe aggiunta arbitrariamente alla legge, e senza neppure una sufficiente ragione di diritto costituendo, dappoichè lo stato di matrimonio, in cui si trovi costituita una ascendente, nulla toglie ai motivi che consigliarono ad ammetterne la capacità agli uffici tutelari pel discendente. È vero che la massima professata dall'egregio scrittore che abbiamo citato è appoggiata ad una insigne autorità (2). Ma il giureconsulto francese esprimeva quella opinione in modo dubitativo, dicendosi *propenso a credere che assai verosi-*

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 590, 1°.
(2) Demolombe, t. VII, n. 172.

milmente i redattori del codice Napoleone, nell'art. 442, *non avessero pensato che alle ascendenti vedove;* ammettendo però potersi pensare *che la generalità dei termini dell'art.* 442 *autorizzasse effettivamente a nominar tutrici le ascendenti senza distinzione alcuna;* e ragionando anzi su questa ipotesi per sostenere che nominando tutrici *le ascendenti rimaritate* si dovessero almeno *nominar contutori i loro mariti.* Ora quella opinione, che l'autore ammetteva essere seriamente sostenibile contro quella a cui si dichiarava più proclive, pare a noi che sia divenuta certa nel diritto nostro, dopo quanto è stato manifestato nella Relazione ministeriale circa lo spirito a cui s'informò la disposizione del nostro art. 268, n. 1. Riteniamo dunque capaci della tutela testamentaria o dativa le ascendenti del minore, tanto se siano maritate o rimaritate quanto se siano vedove. Le diciamo capaci *della tutela testamentaria o dativa*, perchè sappiamo che la tutela *legittima* non è deferita, secondo la nostra legge, che *all'avo paterno, e in mancanza di questo all'avo materno* (art. 244 cod. civile), non alle avole, e neppure agli ulteriori ascendenti maschi, salvo che questi possono essere nominati tutori, se siano riconosciuti atti, dal consiglio di famiglia (1). Le diciamo capaci, ancorchè maritate tanto in prime quanto in ulteriori nozze, quantunque un commentatore altamente stimabile, del nostro codice, abbia scritto che, “ ammettendo le ascendenti benchè ma- “ ritate, è però necessità intendere le *maritate in secondo* “ *voto* „ (2). È vero infatti che generalmente, e per la tutela dativa propriamente detta, non si tratterà che di queste; perchè, come nota il lodato autore, “ se l'avola paterna o “ materna vive ancora col primo consorte, la tutela spetta “ *de iure* al marito, avo paterno o materno rispettiva- “ mente „. Ma la tutela testamentaria potrebb'essere deferita all'avola preferendo questa all'avo; ed anche quanto

(1) V. sopra, n. 35, pag. 111, 112.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 268, vol. I, § 591, pag. 938.

alla tutela dativa in ispecie può pur darsi che l'avo paterno o materno sia incapace, o escluso, o rimosso, o dispensato, ed allora l'avola potrà essere nominata tutrice, estendendosi anche a lei l'eccezionale capacità ammessa dall'articolo 268, n. 1. Tanto meno può revocarsi in dubbio una simile massima allorchè, morto l'avo paterno o materno, l'avola sia passata a seconde nozze. Per questo caso, però, si fa questione, se per analogia di quanto è disposto nell'articolo 239 il nuovo marito della ascendente debba essere *associato a lei nell'amministrazione, e divenirne responsabile in solido*. Già abbiamo ricordata sopra l'opinione affermativa d'un autore francese (1) che fu seguìta da alcuni commentatori del codice nostro (2). L'opinione contraria (3) pare a noi meglio fondata. L'argomento di analogia non reputiamo applicabile; trattandosi di estendere ad un caso diverso dal contemplato una disposizione legislativa d'indole eccezionale, quale è quella dell'art. 239, che, contro la regola comune, secondo la quale l'amministratore legale dei beni altrui esercita ad esclusione d'ogni altro e sotto la sola responsabilità sua la gestione a lui affidata, ammette associarsi alla madre nell'amministrazione legale dei beni del figlio il nuovo marito di lei, e partecipare solidalmente della responsabilità di tale gestione. Associare all'esercizio della tutela della ascendente il marito di lei, è attribuire a questo un diritto in materia considerata come attinente essenzialmente all'ordine pubblico. È mai possibile farlo, all'infuori d'ogni espressa disposizione della legge, a cui sola si appartiene il regolare ciò che è d'ordine pubblico? La responsabilità solidale del marito non potrebbe riguardarsi sott'altro aspetto che d'una obbligazione legale. È ammissibile che una obbligazione legale esista senza una legge che la stabilisca?

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 472.

(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 268, vol. I, § 591, n. 939; Ricci, vol. I, n. 397, pag. 508, 509.

(3) V. Marcadé, art. 442, § III, t. II, n. 233.

" L'ava maritata, osserva il Ricci, che assume l'esercizio della tutela del minore, non può, per ciò che concerne l'amministrazione della medesima, *sottrarsi alla potestà maritale, perchè l'essere la moglie assunta a tutrice non può menomare il potere e l'autorità del marito.* Questi dunque s'intende naturalmente associato nella tutela, e ne divide quindi la responsabilità ". — Per parte nostra confessiamo che quest'argomentazione ci riesce incomprensibile. L'autorità maritale, secondo il sistema della nostra legislazione, produce effetti limitatissimi e determinati tassativamente dalla legge, anche quanto alla amministrazione dei beni proprii della moglie; nessuno potrebbe produrne quanto alla gestione dei beni altrui, che fosse affidata per convenzione debitamente autorizzata o per legge alla donna maritata. Come si può conchiudere che il marito debba intendersi *naturalmente associato nella tutela che la moglie eserciti?*

Sarebbe superfluo voler dimostrare che l'ammissibilità delle ascendenti alla tutela dei discendenti ha luogo senza distinzione della linea nè del grado a cui esse appartengano. La generalità stessa del testo ne è per sè prova sufficiente.

Il nostro codice estende la eccezionale capacità per gli uffici tutelari anche alle *sorelle germane non maritate.* E poichè appunto si tratta d'eccezione, è chiaro non potersi estenderla alle sorelle consanguinee, nè alle uterine. Questa innovazione del nostro codice ebbe molte lodi. Nondimeno, come la maggior parte delle istituzioni umane, non manca forse di difetti. Si prese per base, come vedemmo nella Relazione ministeriale, la considerazione che " spesso queste donne, a cui venne meno l'occasione propizia del matrimonio, concentrano tutti i loro pensieri, i loro affetti e le loro cure nella famiglia in cui nacquero ". Ma ciò può dirsi forse soltanto delle *sorelle germane?* Non può avvenire ugualmente nelle sorelle consanguinee od uterine? Non si vede avverarsi frequentissimamente nelle

zie? E perchè dunque limitare l'eccezione a favore delle sorelle germane? Queste d'altronde son fatte capaci degli uffici tutelari sol che non siano maritate, ed abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio. A ventun anni possono essere nominate tutrici dei loro fratelli; e non è al certo in tale età che possa dirsi perduta per esse la speranza di matrimonio, sicchè sia da presumersi *che abbiano concentrati tutti i loro pensieri, i loro affetti, le loro cure nella famiglia in cui nacquero.* È ben vero ch'esse non sono tutrici di diritto; e il genitore provvedendo alla tutela testamentaria, o il consiglio di famiglia deliberando per la tutela dativa, dovrebbero, secondo il voto della legge, non nominare tutrici le sorelle germane del minore, se non quando riconoscessero esservi dati sufficienti per presumere ch'esse si dedicherebbero a tale ufficio con tutta quella intensità di pensieri, di affetti e di cure, che è da desiderarsi pel bene del minorenne, e che può supplire a quella minore attitudine agli affari che in generale si verifica nelle donne. Ma allora, poichè la sola garanzia vera sta nella prudenza e nella savia ponderazione del testatore o del consiglio di famiglia, e volendosi decampare dal rigore delle legislazioni anteriori, le quali facevano eccezione all'incapacità delle donne agli uffici tutelari per le sole ascendenti, sarebbe forse stato più congruo l'estendersi di più, e dichiarare capaci tutte le parenti od affini del minore, a condizione che non fossero legate in matrimonio. Comunque sia, la legge qual'è, pel carattere suo eccezionale, costringe a limitare rigorosamente la capacità alle *sorelle germane non maritate.* Questa espressione lascia però luogo a comprendere nell'eccezione favorevole tanto le *vedove* quanto le *nubili;* sebbene a queste ultime specialmente si riferisca il motivo accennato nella Relazione ministeriale. Ma questo motivo, che dovrebbe certamente servire di guida al testatore od al consiglio di famiglia nel procedere alla nomina che gli spetta, non darebbe però ragione sufficiente di dir violata la legge,

con cui son rese capaci degli uffici tutelari le *sorelle germane non maritate*, quando si fosse nominata tutrice una sorella germana, la quale fosse stata legata in matrimonio, ma fosse attualmente in istato di vedovanza, ancorchè di quel matrimonio avesse figli. Ben s'intende che nonostante la capacità di queste sorelle agli uffici della tutela al momento in cui li assunsero, se esse più tardi contraessero matrimonio, diverrebbero incapaci degli uffici predetti e dovrebbero cessarne, secondo la disposizione testuale del medesimo articolo 268. Sotto quest'aspetto anche il caso contemplato nel n. 1 di quest'articolo può lasciar luogo ad una *incapacità sopraggiunta*, ed alla conseguente cessazione dagli uffici della tutela.

127. 2). Il codice Francese (art. 442, n. 1) dichiarava incapaci d'esser tutori o membri del consiglio di famiglia " i minori, eccettuati il padre o la madre ". Era evidente che il testo assoluto di questa legge era applicabile a qualunque persona minore d'età, fosse o non fosse emancipata (1). Ma l'eccezione, ch'era fatta in favore del padre e della madre, lasciava luogo a due questioni. La legge aveva inteso di riferirsi ai soli genitori legittimi, od anche ai genitori naturali? Gli autori che si proponevano questo quesito lo risolvevano limitando ai soli genitori legittimi l'eccezione di favore ammessa dalla legge, e ritenevano annullabile la nomina d'un minorenne a tutore dativo del proprio figlio naturale (2). Altra questione. Il genitore legittimo minore d'età, agente quale tutore dei proprii figli, aveva gli stessi poteri d'un tutore ordinario, ovvero abbisognava dell'assistenza del curatore per quegli atti, nei quali sarebbe stata necessaria a lui stesso trattandosi degli affari suoi proprii? Si era d'accordo in quest'ultima

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, c. X, s. II, nota (*a*), I, pag. 342; Demolombe, t. VII, n. 463; Laurent, t. IV, n. 375.
(2) V. Valette sur Proudhon, l. c., nota (*a*), V; Marcadé, art. 442, § I, t. II, n. 251.

massima, dividendosi le opinioni solo quanto allo stabilire se fosse da richiedersi l'assistenza del curatore dello stesso genitore minorenne, o da riportarsi l'autorizzazione del surrogato tutore del figlio (1).

Lo stesso codice, nel n. 2 del citato articolo, dichiarava parimente incapaci degli uffici tutelari gli *interdetti*. E ciò pure dava luogo a disputare, se agli interdetti dovessero parificarsi coloro ai quali per debolezza di mente o per prodigalità fosse stato nominato dal tribunale un *consulente giudiziario*, a norma degli articoli 499 e 513 di quel codice. Trovavasi in ciò tutt'altro che concorde la dottrina. Taluni ritenevano incapaci al pari degli interdetti coloro a cui fosse stato dato un consulente giudiziario (2). Altri ammettevano questa massima qualora il consulente giudiziario fosse stato nominato alla persona chiamata poi ad un ufficio tutelare, per causa di debolezza di mente, non pel caso di prodigalità; salvo potersi far luogo alla esclusione o rimozione del prodigo, quale *persona di notoria cattiva condotta* (3). Altri, infine, negavano assolutamente potersi considerare come cause d'incapacità alla tutela l'essere stato destinato il consulente giudiziario ad una persona, quasi fosse da parificare questa all'interdetto; e suggerivano come unico rimedio possibile l'esclusione o destituzione della persona stessa dalla tutela *per provata incapacità nell'amministrazione*, secondo l'art. 444, n. 2, cod. Francese (4).

Il codice Italiano ha una disposizione più semplice e più comprensiva, in cui dichiarando incapaci degli uffici tutelari tutti " *coloro che non abbiano la libera amministrazione*

(1) V. Duranton, t. III, n. 502, 1°; Valette sur Proudhon, loco citato, nota (*a*), III; Marcadé, l. c.; Demolombe, t. VII, n. 465; Laurent, l. c.

(2) V. Delvincourt, t. I, p. 114, nota 7; Toullier, t. II, p. 50; Duranton, t. III, n. 503, 509.

(3) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 346, 347, nota (*a*); Aubry et Rau, t. I, § 98, nota 7, § 104, n. 8.

(4) Marcadé, art. 442, § II, n. 232; Demolombe, t. VII, n. 468; Laurent, t. IV, n. 515.

“ *del proprio patrimonio* „ (art. 268, n. 2), vi comprende evidentemente tanto i minori quanto gli interdetti giudizialmente. Diciamo gli *interdetti giudizialmente*, cioè *per abituale infermità di mente, che li renda incapaci di provvedere ai loro interessi*, come dice l'art. 324, sebbene qualcuno degli illustratori del nostro codice annoveri tra gli incapaci degli uffici tutelari, per non avere la libera amministrazione dei loro beni, *gli interdetti giudiziari e legali* (1) forse per non avere osservato che nell'art. 269 sono considerate come cause, non d'*incapacità*, ma di esclusione o rimozione, certe condanne penali tra cui anche quelle che producono interdizione legale.

La generale espressione del testo, nel citato art. 268, n. 2, lascia però luogo a dubitare se parlando di *libertà di amministrare* si riferisca alla *semplice amministrazione*, sicchè rimanga la capacità per gli uffici tutelari ai *minori emancipati* (confr. art. 317 del cod. civ.) ed agli *inabilitati* (confr. art. 339 cod. civ.); ovvero si riferisca all'amministrazione in un senso più esteso, e richiedendo che sia *libera* intenda che, per esser capace agli uffici tutelari, la persona debba avere capacità, non solo per gli *atti d'amministrazione semplice*, ma per quelli ancora *di disposizione dei beni* facienti parte del proprio patrimonio.

Nel primo senso potrebbesi allegare che le incapacità sono *di stretto diritto*, costituiscono, cioè, una materia di rigore, la quale non ammette estensioni oltre i termini della legge; che questa, allorchè esige in chi sia chiamato agli uffici della tutela la *libera amministrazione del proprio patrimonio*, deve quindi intendersi riferibile soltanto all'amministrazione ordinaria, perchè ciò mentre da un lato è conciliabile coll'espressione del testo, dall'altro arreca una minore limitazione della capacità; che d'altronde ciò è conforme a ragione, stantechè il tutore è chiamato appunto ad esercitare da sè, in rappresentanza del minore,

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. 1, n. 590, 2°.

gli atti d'amministrazione propriamente tale, e per quelli che la eccedano, e contengano disposizione di beni, deve riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia (articolo 296 cod. civ.) e per gli atti più importanti anche l'omologazione del tribunale (art. 301 cod. civ.); che poi, di fatto, taluno inabilitato, ad esempio, per prodigalità usata nel governo dei proprii beni, può riuscire, ciò non ostante, un leale, probo e intelligente amministratore dei beni altrui.

Ma per l'opinione contraria sta la stessa espressione letterale della legge, la quale, richiedendo per la capacità all'ufficio della tutela " la *libera* amministrazione del " proprio patrimonio ", sembra esigere più dell'*amministrazione semplice*, nel qual caso sarebbe bastato dichiarare incapaci *coloro che non avessero l'amministrazione del proprio patrimonio*. Nè poi è esatto che le facoltà del tutore siano limitate agli atti di semplice amministrazione ordinaria; ma si estendono ad ogni atto di rappresentanza del minore nella vita civile e d'amministrazione dei beni (art. 277 cod. civ.), senz'altre limitazioni fuori di quelle che siano stabilite per apposite speciali disposizioni di legge (detto art. 296 cod. civ.). E ciò stante, è perfettamente ragionevole il non affidare la tutela altrui a chi ha limitata la capacità nello stesso governo dei beni proprii. Infine, a conferma di quest'opinione, che pare da preferirsi, può citarsi la disposizione dell'art. 330, che, trattando della *tutela degli interdetti*, alla quale pure sono comuni le disposizioni relative alla tutela dei minori (articolo 329, § 2, cod. civ.), e affidandola *di diritto al coniuge*, il quale, se era minore all'atto del matrimonio, ne è rimasto per legge *emancipato* (art. 310 cod. civ.), ha richiesto però espressamente che il coniuge, per divenir tutore dell'altro coniuge interdetto, debba essere *maggiore d'età*. Qui fu fatta questa dichiarazione espressa, per togliere il dubbio, che omettendola avrebbe potuto nascere, se il coniuge per la sola qualità sua, ed essendo d'altronde

di diritto emancipato col matrimonio, dovesse essere tutore dell'altro coniuge interdetto, sebbene non avesse ancora raggiunta l'età maggiore. Ma, evidentemente, non vi sarebbe stata ragione di vietare la tutela dell'interdetto al coniuge suo minorenne, se gli emancipati e gli inabilitati, che sono con lui in condizione simile, fossero stati generalmente ritenuti capaci degli uffici tutelari.

Il codice Italiano, di fronte alla regola che stabilisce la incapacità per gli uffici di tutela a carico di *coloro che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio*, non pone alcuna limitazione, come altre legislazioni facevano, in favore *del padre e della madre*. Ben si comprende che nel sistema adottato dal nostro legislatore non fosse caso di disporre in tal senso pei *genitori legittimi*, ai quali spetta sempre la patria potestà, che neppure dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte d'uno dei coniugi si trasforma in tutela. E dai principii, che abbiam dimostrati trattando appunto della patria potestà, risulta come l'esercizio di questa sia attribuito anche al coniuge minore d'età, che è emancipato col matrimonio, e tuttavia egli non possa in questo stato esercitare con piena libertà l'amministrazione dei beni dei figli, ma per quegli atti, pei quali egli stesso nell'interesse proprio abbisognerebbe dell'assistenza del curatore, debba anche pel figlio agire coll'autorizzazione del curatore proprio (1). Ma i genitori naturali non hanno, secondo l'art. 184 cod. civ., sui figli da essi riconosciuti, nulla più d'una semplice *tutela legale*. Sarà dunque, o no, applicabile anche a questa la disposizione del n. 2 dell'art. 268? E se il genitore naturale sia in età minorile, emancipato o no, ovvero sia interdetto o inabilitato, dovrà essere considerato come capace o come incapace della tutela legale del figlio? In altro luogo manifestammo l'opinione che le cause d'incapacità, d'esclusione, di rimozione, di dispensa, stabilite dalla legge per

(1) V. vol. IV, n. 153, pag. 328 e seg.

la tutela, non siano generalmente applicabili a questa specie particolare di tutela legale (1). Ma ciò dicemmo riferendoci a quelle cause d'incapacità, indegnità, o dispensa, che sono di mera creazione del diritto positivo, stabilite dalla legge per l'interesse del minore, nell'intento di non affidarlo a persone, spesso estranee, nelle quali per le loro qualità e per le opere loro non potesse riporsi bastante fiducia. Tali sarebbero le cause d'incapacità stabilite nel n. 3 dell'art. 268, e le cause d'esclusione o di rimozione enumerate nell'art. 269, salvo sempre l'essere applicabile anche alla tutela legale dei genitori naturali la disposizione dell'art. 233. Nel caso attuale, invece, si tratta d'una causa d'incapacità, che non è una mera creazione del diritto positivo, ma costituisce l'applicazione d'un principio di ragione, quale è quello che non possa reputarsi capace dell'amministrazione dei beni altrui chi non è ritenuto capace al governo dei beni proprii. Propenderemmo, pertanto, a pensare che il genitore non potesse esercitare la tutela legale, in quanto concerne l'amministrazione dei beni spettanti ai figli naturali legalmente riconosciuti, qualora per età minore, ancorchè in istato di emancipazione, o per essere interdetto o inabilitato, non avesse la libera amministrazione del proprio patrimonio.

128. 3). Un'opposizione di interessi, più o meno grave, tra il minore e chi sarebbe chiamato agli uffici della tutela, non costituisce, in generale, una causa d'incapacità a tali uffici. Certamente coloro che a norma di legge li deferiscono, dovranno, per adempiere coscienziosamente il proprio mandato, avere il conveniente riguardo ad una simile condizione di cose; e non nomineranno a tutore, a protutore, a consulente chi si trovi col minore in una opposizione di interessi abbastanza grave per dar motivo

(1) V. vol. VI, parte II, n. 154 *bis*, IV, pag. 461 e seg.

a temere che l'interesse del tutelato non sia da quelle persone efficacemente protetto. Ma infine tutto è rimesso in ciò al prudente apprezzamento del pretore, del testatore o del consiglio di famiglia, secondo i casi; e la nomina, che sia fatta, d'una persona la quale abbia interessi opposti a quelli del minore, non potrà per ciò solo considerarsi come nulla, poichè non vi è causa costituente una incapacità legale. Soltanto il consulente dovrà poi astenersi dal prender parte alle deliberazioni nelle quali sia interessato (art. 259 cod. civ.); il tutore non potrà rappresentare il minore, e il curatore non potrà assisterlo negli affari nei quali abbia interesse opposto a lui; e lo stesso sarà del protutore in quei casi in cui sarebbe chiamato a rappresentare il minore secondo l'art. 266. Se poi solo dopo la nomina sorga, o sia avvertita, o sia riconosciuta più grave di quanto prima credevasi l'opposizione di interessi, il consiglio di famiglia potrà sempre dispensare il tutore, il protutore e il curatore dal loro ufficio, qualora essi consentano a rassegnarlo (art. 276 cod. civ.); e se non vi consentano, potranno essere rimossi, qualora si lascino trascinare dal proprio interesse ad abusare del loro ufficio in danno del minore (articolo 269, n. 3, codice civile).

Ma quando l'opposizione di interessi si estrinsechi in una controversia giudiziale col minore, del quale siano compromessi in essa interessi gravissimi, la legge ha riconosciuto in ciò elementi bastanti per costituirne una *causa d'incapacità agli uffici tutelari.* Da una parte la vertenza stessa d'una lite dispone l'animo a sentimenti tutti opposti a quella benevolenza verso il minore, che dovrebbe guidare le azioni di chi è chiamato ad esercitare per lui gli uffici della tutela. Dall'altra l'esercizio medesimo di tali uffici, di quello principalmente del tutore, pone in mano della persona, a cui sono affidati, mezzi assai potenti, dei quali sarebbe tentata ad abusare nel proprio interesse, affinchè la definizione della lite riuscisse a

danno del tutelato. Tali sono i motivi che ispirarono al legislatore la disposizione del n. 3 dell'art. 268; in cui è posta tra le cause d'incapacità agli uffici tutelari l'opposizione di interessi dipendente dalla vertenza d'una lite col minore. Intorno a che sono definiti dal testo due punti principali, di cui discorreremo separatamente: quale debba essere la natura della lite, e tra quali persone debba questa esistere.

Sul primo è notevole, innanzi tutto, che il testo della nostra legge dichiara incapaci " tutti coloro *che abbiano o* " *siano per avere* col minore una lite ". Il codice Francese ed altri parlavano soltanto di *lite pendente;* ond'era giusto, trattandosi d'incapacità, che dev'essere rigorosamente ristretta ai casi pei quali è stabilita dalla legge, il ritenere indispensabile che la lite fosse già introdotta e non ancora definita con sentenza irretrattabile o mediante transazione, e ritenere insufficiente la presumibile imminenza d'una contestazione giudiziale non ancora sôrta (1). Ciò nel diritto costituito, secondo quelle legislazioni. Ma in diritto costituendo era saggio il riflettere che una lite non ancora veramente introdotta, ma di cui già esistessero le cause inevitabili, poteva produrre uguali pericoli pel minore, se gli uffici della tutela di lui venissero affidati al suo avversario; che anzi il ritardare l'introduzione della lite potrebb'essere un'arte per procacciarsi una posizione della quale s'intendesse poi d'abusare preparando le cose in modo favorevole al proprio interesse per la lite futura. Queste considerazioni indussero il nostro legislatore a non limitare la dichiarazione d'incapacità al caso di *lite pendente*, ma estenderla, sull'esempio dei codici Albertino (articolo 302, n. 5) ed Estense (art. 238, n. 8), anche all'altro caso d'una contestazione giudiziale, che la persona chiamata ad un ufficio tutelare, o il padre, o la madre, o i

(1) V. Marcadé, art. 242, § IV, t. II, n. 235; Demolombe, t. VII, n. 474; Laurent, t. IV, n. 517.

discendenti, o il coniuge di lei *fossero per avere col minore*. Resta solo a determinarsi quale precisamente sia la interpretazione da darsi a queste parole. Taluno le intende nel senso d'una *lite imminente*, com'era detto espressamente nel citato articolo del codice Estense (1). Ma pare che con questa interpretazione si venga a restringere l'applicabilità del testo nostro troppo più che non portino nel loro significato naturale le parole adoperate e i motivi della disposizione. Altro è l'*essersi per avere una lite*, ed altro l'*essere imminente l'averla*. D'altronde anche una lite, di cui non sia da prevedersi affatto prossima la introduzione, a causa, per es., del tempo necessario per preparare i mezzi di prova occorrenti, può tuttavia presentare gli stessi gravi pericoli pel minore, se tutti gli affari di lui siano posti in mano di chi ha interesse a predisporre le cose in danno del minore stesso per la futura contestazione. Certo è che non potrebbe considerarsi come causa d'incapacità la previsione d'una lite, di cui le cause non esistessero attualmente, ma dipendessero da eventi futuri, nè una lite possibile, ma non probabile. Ma se sia verosimile che la contestazione giudiziale sorga, ancorchè non sia da prevedersene imminente l'iniziamento, ciò basta, secondo la lettera e lo spirito della legge, per premunirsi nell'interesse del minore, ritenendo incapace agli uffici della tutela di lui chi dovrà essere suo avversario. In questo senso, di *probabilità*, non di certezza ed imminenza, nè di sola possibilità d'una contestazione giudiziale, reputiamo doversi interpretare la nostra legge, che dichiara incapaci agli uffici della tutela tutti *coloro che siano per avere col minore una lite* della natura determinata nel n. 3 dell'art. 268.

S'intende facilmente che all'autorità competente per dirimere le controversie, che insorgano intorno alla capacità dei chiamati agli uffici tutelari, è riserbato l'apprezzamento

(1) V. Ricci, vol. I, n. 399, pag. 511.

sul carattere litigioso dei rapporti esistenti tra il minore e chi dovrebbe assumere verso di lui quegli uffici, e sulla sufficiente probabilità della lite.

Non basta poi l'esistenza o la probabilità d'una lite qualunque; ma bisogna che l'oggetto di essa sia tale da *mettere in pericolo lo stato del minore od una parte notabile delle sue sostanze.*

È evidente che su quest'ultimo punto la legge apre un larghissimo campo al prudente apprezzamento dell'autorità chiamata a pronunciarsi sull'addotta incapacità della persona, alla quale avrebbesi ad affidare uno degli uffici tutelari. L'oggetto della contestazione definirà nettamente se sia *posto in pericolo lo stato del minore*, come quando si disputi sulla condizione di legittimità o di filiazione naturale rispetto a lui. Ma l'essere, o no, *notabile* la parte delle sostanze del minore che cada in contestazione, è cosa affatto relativa, sulla quale era impossibile al legislatore lo stabilire criteri positivi e costanti; e perciò fu necessità l'affidarsi intieramente su questo punto alla saggezza dell'autorità giudicante.

Altrettanto evidente è ancora che rimane escluso dalla disposizione del predetto art. 268, n. 3, qualunque caso in cui lo stato personale o la fortuna compromessa non sia *del minore*, ma della persona chiamata ad uno degli uffici tutelari, o del padre, o della madre, o dei discendenti, o del coniuge della persona stessa. Effettivamente in tali casi non si verifica più pel minore quel pericolo, che la legge con questa disposizione intese di prevenire.

Quanto alle persone tra le quali la lite debba esistere, il testo le determina con precisione, dicendo che debbano essere da una parte *il minore*, dall'altra *chi è chiamato ad un ufficio della tutela*, o *il padre*, o *la madre*, o *i discendenti*, o *il coniuge* di lui. Il codice Francese (art. 442, n. 4) ed altri ad imitazione sua (cod. pel regno delle Due Sicilie, art. 365, n. 4; cod. Parm., art. 203, § 8; cod. Albertino, art. 302, n. 5) parlavano soltanto di lite pendente tra il

minore e la persona chiamata ad un ufficio tutelare, o *il padre* o *la madre* di lei. Più ristretta ancora era la legge Toscana sulle tutele, che escludeva solamente chi *avesse contestata lite per proprio interesse contro il patrimonio del minore* (art. 65, n. VII). Il codice Estense (art. 238, n. 8), dopo aver dichiarato incapaci " quelli che hanno o che " fossero per avere lite imminente colla persona da prov- " vedersi di tutore ", soggiungeva: " Questa disposizione " si estende anche al caso in cui la lite riguardasse di- " rettamente *alcuno dei loro ascendenti*, *ovvero la moglie* ".

La dizione del codice Francese aveva dato luogo al dubbio, se l'incapacità dovesse tenersi con assoluto rigore ristretta ai casi espressamente contemplati, o piuttosto potesse estendersi a qualche altro per identità di motivi. E fu sostenuto da rispettabili autorità che avessero a considerarsi come incapaci anche coloro i cui *discendenti* o il *coniuge* avessero col minore una lite compromettente lo stato od una parte considerevole dei beni di lui (1). Questa idea fu però vivamente respinta da altri autori, i quali fondarono la loro opinione principalmente sul carattere eccezionale, e quindi non suscettibile di alcuna estensione, delle cause d'incapacità; ed inoltre sulla considerazione che i motivi di escludere dalla tutela coloro i cui genitori avessero lite col minore non fossero applicabili agli altri casi supposti, ben lungi d'esservi, come pretendeva qualcuno degli opinanti in contrario, una ragione più forte pei discendenti, e uguale almeno pel coniuge. Osservavano, da ultimo, che se si permettesse d'uscire una volta dai termini della legge, non vi sarebbe più limite, si cadrebbe nel più assoluto arbitrio, e si sostituirebbe in sostanza alla norma concreta e limitata della legge la massima generale, da essa non ammessa, che avessero a considerarsi come incapaci degli uffici

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 111, n. 7; Duranton, t. III, n. 505; Aubry et Rau, t. I, § 92, n. 9, § 104.

della tutela tutti coloro i cui interessi si trovassero direttamente o indirettamente in conflitto con quelli del minore (1).

Il nostro codice ha accolto il concetto che l'incapacità non abbia da limitarsi a coloro che siano essi stessi impegnati contro il minore in una lite della qualità od entità contemplata nel predetto n. 3 dell'art. 268, o siano figli di persona, la quale abbia o sia per avere col minore medesimo una tale lite; ma debba estendersi eziandio a quelli i cui discendenti od il coniuge si trovino a fronte del minore in una posizione somigliante.

Così il legislatore italiano ha mostrato di abbracciare l'idea di quei giureconsulti, i quali scorgevano nella lite pendente o probabile tra il minore ed i figli e discendenti od il coniuge della persona che sarebbe chiamata ad un ufficio di tutela, motivi identici di diffidenza verso codesta persona, uguali pericoli temibili per l'interesse del minore, come se la contestazione si agitasse con quella persona medesima, o col padre o colla madre di lei.

Questa estensione, data dalla legge alla causa d'incapacità da essa stabilita, non potrebbe però mai essere oltrepassata coll'interpretazione, la quale, applicandosi ad una disposizione d'indole essenzialmente eccezionale, deve essere rigorosamente restrittiva. A tale principio pensiamo che debbasi conformare la risoluzione di alcuni dubbi, a cui la predetta disposizione può ancora lasciar luogo.

Essa parla del *padre*, della *madre*, dei *discendenti*. Dobbiamo intenderla applicabile ai soli genitori, ed ai figli e discendenti legittimi, od anche *ai genitori ed ai figli naturali?* Dobbiamo intenderla applicabile anche quando chi abbia lite col minore non sia il padre o la madre, ma l'*avo* o l'*avola* della persona che sarebbe chiamata ad un ufficio di tutela?

(1) V. Marcadé, art. 442, § IV, t. II, n. 234, 235; Demolombe, t. VII, n. 476; Laurent, t. IV, n. 517.

Ci sembra che in ambedue le quistioni l'applicazione imprescindibile del principio sopra richiamato debba portare a conchiuderne che non abbia a reputarsi incapace ad un ufficio di tutela la persona, di cui il genitore naturale, o il figlio naturale legalmente riconosciuto, o l'avo o l'avola abbia col minore una lite, nella quale si trovi messo in pericolo lo stato del minore stesso od una parte notabile delle sue sostanze. È vero che le parole *padre* e *madre* potrebbero comprendere nella loro generalità anche i casi di filiazione naturale legalmente riconosciuta o dichiarata. Ma se rammentiamo che, trattandosi di disposizione la quale stabilisce un'incapacità, l'interpretazione di essa deve tendere a restringerne, anzichè ad ampliarne l'applicazione; e se d'altra parte consideriamo che il legislatore ha dimostrato di riferirsi a vincoli nascenti da matrimonio, poichè ha parlato del coniuge e dei *discendenti*, i quali dalla legge non sono considerati avere rapporti civili cogli ascendenti se non quando procedano da filiazione legittima; ci persuaderemo che nell'articolo 268, n. 3, parlando *del padre* e *della madre*, e comprendendo *i figli* sotto la più estesa indicazione di *discendenti*, il legislatore ha voluto accennare soltanto *i genitori ed i figli legittimi* della persona chiamata ad un ufficio della tutela, i quali abbiano col minore una lite compromettente lo stato od una parte notabile delle sostanze di lui. Aggiungasi che di tale limitazione può trovarsi anche un motivo ragionevole in ciò, che a cagione dei rapporti civili meno importanti, e in ispecie dei diritti successorii più ristretti, che la legge stabilisce tra i genitori ed i figli naturali, divenivano meno temibili pel minore i pericoli di affidarne la tutela a persona il cui genitore od il figlio naturale si trovasse impegnato in una lite col minore stesso.

Per estendere poi la disposizione predetta *all'avo* od *all'avola*, mentre vi è parlato soltanto *del padre* e *della madre* legittimi, sarebbe necessario uno sforzo d'interpretazione non consentito certamente dall'indole eccezionale

della disposizione stessa. E del resto è osservabile qui pure non essere altrettanto temibili i pericoli di conferire un ufficio di tutela alla persona di cui l'avo o l'avola sia in contestazione giudiziale col minore, come quando fosse il padre o la madre di quella persona che avesse col minore una lite simile; sia per la maggiore intimità dei rapporti col padre e colla madre, mentre i vincoli d'affetto vanno allentandosi col risalire nella linea ascendente; sia anche perchè possono essere spesso meno diretti gli eventuali interessi pecuniari del discendente, il quale, se sia ancora superstite il suo genitore, non sarà chiamato che mediatamente a raccogliere nella successione dell'ascendente i benefizi che questi possa ottenere dalla vittoria che riporti nella lite contro il minore.

Affinchè si faccia luogo all'incapacità stabilita nell'articolo 268, n. 3, è indispensabile, secondo i termini stessi di questa disposizione, *la probabilità* o *la pendenza d'una lite col minore*. Che se si trattasse di lite preesistita, sia già definita o con sentenza irretrattabile o mediante transazione, parrebbe evidente non essersi più nei termini della legge, che stabilisce eccezionalmente codesta causa d'incapacità; e mentre ciò stesso basterebbe per renderla inapplicabile, si aggiungerebbe poi anche la mancanza in tal caso dei motivi che indussero il legislatore alla disposizione predetta (1). Vi è veramente un'opinione secondo la quale avrebbesi a distinguere, ritenendo che l'incapacità continuasse a sussistere non ostante la decisione della lite, ma cessasse di fronte ad una transazione; perchè, si dice, “ decisa la questione, la ragione del divieto non è “ cessata; si presume che l'avversione resterà profonda “ negli animi e quasi inestinguibile „ mentre colla transazione “ il divieto si modifica, quasi non esistendo la materia di esso „ (2). Ma, finita la lite coi pronunciati

(1) V. Ricci, vol. II, n. 399, pag. 511.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 268, vol. I, § 593, pag. 942.

dell'autorità giudiziaria, manca affatto uno dei motivi dell'incapacità alla tutela, non essendo più temibile l'abuso di queste funzioni per giovare alla causa contro il minore, nè può asserirsi che rimanga identico neppur l'altro di quei motivi, non essendovi ragione di supporre che si mantengano anche a lite finita quei medesimi sentimenti d'avversione al minore, che potevano derivare dalla pendenza della causa.

È stato rimproverato al legislatore " di non aver pre- " veduto il caso in cui la lite sorga durante l'esercizio " della tutela ", soggiungendo però che anche in tal caso vi sarebbe *incapacità di continuare nell'esercizio della tutela*, e il minore dovrebb'essere provveduto d'altro tutore (1). È giusta la massima, ma non la censura fatta alla legge; la quale subordina anche la disposizione del n. 3 dell'articolo 268 alla regola generale premessa nel primo paragrafo, secondo cui le persone in quell'articolo contemplate non solo *non possono essere tutori, protutori, curatori o consulenti di famiglia, ma devono anche cessare da questi uffici qualora li avessero assunti.*

129. Abbiamo dimostrato altra volta come tutte generalmente le cause che ostano all'esercizio degli uffici tutelari, e in ispecie quelle d'incapacità, siano di stretta interpretazione; e come sia quindi assolutamente inammissibile qualunque argomento d'analogia, per estendere le disposizioni di legge che le stabiliscono ad altri casi fuor di quelli manifestamente compresi in tali disposizioni (2). Del quale principio avemmo pure occasione superiormente di fare parecchie applicazioni.

Alcune delle legislazioni anteriori annoveravano tra le persone, che non potevano esercitare la tutela " i credi- " tori o debitori di quelli a cui doveva darsi il tutore "

(1) V. Ricci, loc. cit.
(2) V. sopra, n. 122, pag. 524, 525.

(art. 203 cod. Parm.; 238, n. 9, cod. Est.). Il codice Italiano non ha una simile disposizione, e la qualità di creditore o debitore del minore non costituisce quindi una causa d'incapacità per chi sia chiamato ad un ufficio della tutela; salvo l'obbligo pel tutore di dichiarare, prima che incomincino le operazioni dell'inventario, s'egli abbia credito, debito od altre ragioni verso il minore, sotto le comminatorie penali stabilite dalla legge (art. 285 e 286 cod. civ.). Meno ancora potrebb'essere causa d'incapacità la comunanza d'interessi, che in certi affari o relativamente a certi beni esistesse tra il tutore e il minore. Neppure l'inimicizia tra il tutore e la famiglia del minore potrebbe considerarsi, secondo la nostra legge, come causa d'incapacità, quantunque così fosse stabilito in diritto romano.

Dalla disposizione del n. 3 dell'art. 268 non potrebbesi dedurre l'incapacità agli uffici di tutela di chi fosse *erede presuntivo* della persona che avesse col minore una lite della qualità od entità contemplata in quella disposizione, quando non fosse nè il coniuge, nè il figlio, nè l'ascendente della persona predetta.

Uno dei commentatori del nostro codice annovera tra i casi d'applicabilità dell'art. 268 anche l'*incapacità naturale* della persona a cui fosse deferito un ufficio tutorio, qualora questa persona si trovasse in istato d'*abituale infermità di mente* (1). È da osservare per altro, che se in tale stato di cose farebbesi luogo ad *esclusione o rimozione per notoria incapacità ad amministrare*, in seguito a decisione da pronunciarsi in proposito dal consiglio di famiglia, a norma dell'articolo 269, n. 3, combinato col 271 del codice civile, non sarebbe però mai applicabile ad un tal caso l'art. 268, considerando questa come una delle *cause d'incapacità*, che hanno luogo di *pien diritto*.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 268, vol. II, § 593, pag. 941.

B) *Delle cause d'indegnità.*

Sommario. — 130. Principii generali concernenti questa materia. Classificazione delle cause d'indegnità per gli uffici tutelari. — 131. 1). Condanne penali recanti indegnità perpetua. — 132. 2). Condanne penali producenti indegnità temporaria. — 133. 3). Fallimento non seguìto da riabilitazione. — 134. 4). Notoria cattiva condotta, e notoria incapacità di amministrare. — 135. 5). Provata infedeltà o trascuratezza, ed abuso di autorità nell'esercizio della tutela. — 136. Forme di procedimento per la esclusione o la remozione dagli uffici tutelari. — 137. Richiamo a cui va soggetta la decisione data in proposito dal consiglio di famiglia o di tutela. — 138. Effetti della esclusione e della remozione.

130. Intorno al presente argomento esponemmo già, nelle nozioni generali premesse in questa sezione, alcuni principii fondamentali, a cui basterà qui riferirci (1).

Vedemmo come le cause *d'indegnità* differiscano da quelle *d'incapacità* agli uffici tutelari; non solo per l'intrinseca loro natura, giacchè queste non hanno in sè nulla che colpisca l'onore della persona, mentre è l'opposto per quelle; ma eziandio perchè l'incapacità opera gli effetti suoi di pien diritto, e al contrario l'indegnità ha bisogno d'essere dichiarata dal consiglio di famiglia, dalla cui deliberazione soltanto prende data l'esclusione o la remozione della persona dall'ufficio di tutela a cui era chiamata, o che già esercitava.

Osservammo come l'esclusione e la rimozione non siano che due effetti delle identiche *cause d'indegnità;* le quali fanno luogo ad *escludere* colui, che già investito d'un ufficio tutelare, non ne abbia però ancora intrapreso di fatto l'esercizio, e a *rimuovere* chi abbia già realmente assunte quelle funzioni che gli erano deferite.

Tale infatti è l'espressione testuale degli art. 269 e 270; nei quali è dichiarato che le cause in essi determinate fanno luogo a *remozione* dagli uffici tutelari *per coloro che già li avessero assunti.* E riconosciamo di avere usata una formola

(1) V. sopra, n. 122, 123, pag. 522-535.

meno esatta nel luogo sopra citato, quando dicemmo che l'esclusione e la remozione differiscono tra loro *per essere le cause di quella preesistenti, le cause di questa sopravvenute al deferimento degli uffici tutelari.* Ciò non corrisponde in modo assoluto al vero; sebbene coincida con esso nel maggior numero dei casi, perchè generalmente deve avvenire che a chi abbia contro di sè cause d'indegnità *preesistenti* non si permetta di assumere gli uffici della tutela, e prima ch'egli ponga mano ad esercitarli si promuova la domanda di *esclusione*, nè quindi si fa luogo a *rimuovere* se non coloro a carico dei quali *siano sopraggiunte*, dopo il deferimento di quegli uffici, le cause d'indegnità. Ma se pure accadesse il contrario, se colui, che sin da principio avrebbe dovuto essere *escluso* da un ufficio tutorio, l'avesse assunto ed esercitato di fatto, o perchè le cause d'indegnità, preesistite a carico lui, fossero rimaste per alcun tempo ignorate, o perchè da chi le conosceva ed avrebbe potuto e dovuto proporre la domanda di esclusione, si fosse ritardato a farlo, ciò che prima sarebbe stato *esclusione*, si convertirebbe in *remozione* dacchè si agirebbe per privare la persona d'un ufficio già da essa realmente assunto ed anche giuridicamente esercitato, non operandosi di pien diritto gli effetti dell'indegnità come si operano quelli dell'incapacità. Nè crederemmo proponibile l'idea che per non essere stata chiesta l'*esclusione*, non ostante la preesistenza di cause di indegnità, e per avere l'indegno assunto ed esercitato di fatto un ufficio della tutela, rimanesse precluso l'adito alla ulteriore domanda di *remozione*. Ciò sarebbe, a veder nostro, in troppo aperta contraddizione collo spirito della legge, che vuol premunire gl'interessi del tutelato contro i pericoli che derivano dall'essere affidata la tutela di lui ad un indegno, sarebbe anche in contraddizione col testo medesimo dell'art. 269, poichè vi è dichiarato che le persone, a carico delle quali si verifichi qualcuna delle cause d'indegnità ivi enumerate, *devono essere rimosse dagli uffici della tutela, qualora li avessero assunti*, senza distinguere se tali

cause preesistessero al deferimento di quegli uffici o fossero sopravvenute. Per opposte considerazioni, se al tempo in cui, per qualunque titolo ammesso dalla legge, fosse deferito ad una persona un ufficio tutelare non esistessero contro di lei cause d'indegnità, le quali però sopravvenissero prima che la persona stessa assumesse di fatto quell'ufficio, la domanda, che venisse promossa per far dichiarare l'indegnità, dovrebbe considerarsi, secondo la lettera e lo spirito della legge, come domanda di *esclusione*, anzichè di *remozione*.

Un illustre autore ha osservato, che " veramente la " *esclusione* è essa pure una *destituzione*, poichè essendovi " un tutore in virtù della legge o d'un testamento, l'*esclu-* " *dere il tutore è quanto rimuoverlo* „ (1). Una tale idea sarebbe esatta volendo intendere per *remozione* l'atto di privare una persona d'un ufficio tutorio di cui sia investita. Siccome il tutore testamentario o il legittimo ed il protutore testamentario sono legalmente costituiti in ufficio sin dal momento in cui si apre la tutela; e siccome non potrebbe farsi luogo a *formale esclusione* d'un tutore o protutore *dativo*, d'un *curatore* o d'un *consulente*, a norma dell'art. 271, se non relativamente a persona che fosse stata prima nominata a quelle funzioni dall'autorità competente; così è certo che nel puro senso sopra detto si potrebbe affermare che *si rimuove* veramente il tutore, il protutore od il consulente, anche quando lo *si esclude*. Ma la legge, come osservammo, attribuisce alla parola *remozione* un significato differente; non volendo essa con quella parola esprimere la privazione d'un ufficio di cui si fosse soltanto investito legittimamente, ma d'un *ufficio che già siasi realmente assunto*, e considerando in tale rapporto non tanto *l'anteriore attribuzione giuridica*, quanto *l'esercizio effettivo delle funzioni di cui la persona viene spogliata*. In ciò appunto, per quanto ne pare a noi, la *remozione* si

(1) V. Laurent, t. IV, n. 519, pag. 637.

distingue dalla *esclusione*. Della quale distinzione lo stabilire precisamente gli estremi sarebbe utile, se non fosse altro, per chiarire e rendere esatta l'idea che deve corrispondere alla parola, ciò che pure ha tanta importanza nella scienza nostra; ma non manca nemmeno di qualche utilità per l'applicazione pratica.

Sebbene, infatti, come sopra rammentammo, le cause sì dell'esclusione che della remozione siano generalmente identiche, è fatta però una eccezione dall'art. 270; secondo cui il condannato a qualunque pena correzionale (1), che non sia stata inflitta per furto, nè per frode, nè per falso, nè

(1) È da notare che le disposizioni dei nn. 1° e 2° art. 269 e dell'art. 270 cod. civ. erano poste in relazione col sistema di classificazione e distinzione delle pene seguìto dal codice penale Sardo del 1859 e da quasi tutti gli altri codici penali preesistenti. Tale sistema fu completamente abbandonato dal codice penale del 1889, attualmente vigente. Ad intendere e per coordinare le disposizioni citate del codice civile con il sistema del codice penale, si tengano presenti le norme dettate nel capo II delle *Disposizioni per l'attuazione del codice penale* (R. Decreto 1° dicembre 1889, n. 6509) e specialmente quelle degli art. 20 e 22 che in parte qui riportiamo. Art. 20: “ In tutti i casi e per gli effetti per i quali le leggi, i decreti, i regolamenti, i trattati e le convenzioni internazionali parlano di pene criminali, correzionali e di polizia devono considerarsi come corrispondenti:

1° Alle *pene criminali* le pene dell'ergastolo, dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e quelle della reclusione e della detenzione per un tempo non inferiore nel minimo ai tre anni;

2° Alle *pene correzionali* le pene non indicate nei nn. 1° e 3°;

3° Alle *pene di polizia* le pene dell'arresto per un tempo non superiore nel massimo ai cinque giorni e dell'ammenda non superiore nel massimo alle lire cinquanta.

Ove però si tratti di condanne, si considerano pene criminali l'ergastolo, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, e la reclusione e la detenzione per un tempo maggiore dei cinque anni „.

Art. 22: “ ... Ove sia comminata o richiamata una determinata specie di pena s'intende corrispondente:

“ 1°...; 2°...; 3°...; 4°...; 5°...; 6° al carcere, la detenzione sino ai cinque anni e ove si faccia richiamo del carcere non come pena da applicare, ma per qualunque effetto giuridico, anche la reclusione per uguale durata;

“ 7°... Nel caso del n. 6°, se il reato per cui è comminata la pena sia, per il suo carattere, una contravvenzione, al carcere s'intende corrispondente l'arresto non inferiore ai sei giorni.

“ Nei nn. dal 2° al 7°, la reclusione, la detenzione e l'arresto sono sostituiti alle pene corrispondenti per una uguale durata; e quanto all'arresto si può oltrepassare il massimo stabilito nel codice penale... „. Vedi pure il titolo III, libro I codice penale.

per reato contro i buoni costumi (confr. art. 269, n. 2, codice civile), *non può essere tutore finchè non abbia scontata la pena;* mentre se al tempo della condanna chi la subisce *abbia già assunta* la *tutela*, non si fa luogo alla remozione di lui, se non quando la pena inflittagli sia *del carcere;* ed inoltre qualora la durata della pena stessa sia *minore d'un anno*, è facoltativo al consiglio di famiglia il pronunciare, o no, la remozione.

È chiaro dunque che, per applicare questo articolo non può essere indifferente il determinare se sia caso veramente di *esclusione* o di *remozione*. Così se chi era chiamato all'ufficio di tutore fosse stato posteriormente condannato ad una pena correzionale, che non fosse del carcere, ma la domanda per farne dichiarare l'indegnità fosse stata promossa contro di lui prima che di fatto assumesse l'esercizio della tutela, reputeremmo ben fondata l'istanza, perchè si tratterebbe, a veder nostro, di *esclusione* e non di *remozione*, epperò sarebbe applicabile il primo e non il secondo paragrafo dell'art. 270. E all'opposto se la medesima condanna fosse anteriore al tempo in cui a quella persona sarebbesi deferito l'ufficio di tutore, ma di tali funzioni avesse egli assunto in fatto l'esercizio, e solamente dopo fosse proposta a suo carico la dichiarazione d'indegnità, la istanza ci parrebbe inammissibile, poichè si tratterebbe di *remozione* e non di *esclusione*, sicchè sarebbe applicabile il § 2 dell'art. 270, che non fa luogo alla remozione se non contro chi abbia subìta la condanna *al carcere*.

Le cause d'indegnità, dalle quali può derivare tanto la esclusione quanto la remozione, e che sono enumerate nell'art. 269, sono anche perfettamente comuni a tutti gli uffici tutelari. Intorno a che non lascia dubbio la disposizione testuale del medesimo articolo, il quale, riferendosi al precedente 268, viene a stabilire che le persone, contro cui si verifichi qualcuna delle cause d'indegnità nel predetto art. 269 indicate, *siano escluse o debbano essere rimosse dagli uffici sì di tutore, che di protutore, di curatore o di con-*

sulente. È altrimenti, come più oltre vedremo, per quelle cause d'indegnità che sono stabilite dalla speciale disposizione dell'art. 270, la quale non riguarda che *il tutore*. Il codice Francese (art. 445) era meno rigoroso verso le persone chiamate a far parte d'un consiglio di famiglia, che verso i tutori; poichè, mentre questi erano esclusi dalla tutela o soggetti a remozione per notoria cattiva condotta o per provata incapacità o infedeltà, a quelle invece era vietato d'esser membri del consiglio di famiglia solamente quando fossero state *escluse o destituite da un'altra tutela*.

Sì le cause di esclusione o di remozione stabilite nell'art. 269, che quelle contemplate dall'art. 270, sono poi comuni a qualsiasi specie di tutela, *testamentaria*, *legittima* o *dativa*, e per qualunque sia la persona che della tutela dovrebb'essere investita, quand'anche fosse *uno dei genitori del tutelato*. Quest'ultima osservazione non è applicabile veramente alla *tutela dei minori;* poichè questi, se legittimi, non sono costituiti in istato di tutela fuorchè quando *ambidue i genitori siano morti, dichiarati assenti, o siano incorsi per effetto di condanna penale nella perdita della patria potestà* (art. 241 codice civile), e se sono figli *naturali*, si trovano bensì costituiti in *istato di tutela*, ma i genitori, a cui questa è attribuita, esercitano poteri ben diversi e più ampii che quelli dei tutori ordinari, nè sono soggetti alle cause d'incapacità, di esclusione o remozione per questi stabilite (1). Ma “ le disposizioni relative alla tutela dei minori, e quindi anche quelle degli articoli 269 e 270, “ sono comuni alla tutela degli interdetti „ (art. 329, § 2, codice civile), e il padre, o, in mancanza di lui, la madre dell'interdetto ne ha di diritto la tutela, dopo il coniuge maggiore di età e non separato legalmente (articolo 330, codice civile). Anche i genitori, come il coniuge dell'interdetto, sarebbero dunque soggetti alle norme comuni degli

(1) V. vol. VI, parte II, n. 154 *bis*, IV, pag. 461-463.

articoli 269 e 270, quanto alla esclusione o quanto alla remozione dalla tutela legittima ad essi spettante, che per le cause stabilite nei predetti articoli fossero proponibili contro di loro.

Opposta all'affermazione precedente, che le cause sì di esclusione che di remozione siano comuni a qualunque specie di tutela, tanto *dativa*, quanto *testamentaria* o *legittima*, è l'opinione di alcuni autori; i quali osservano non potervi esser caso di *esclusione* rispetto alla tutela *dativa*, bastando che il consiglio di famiglia si astenga dal nominare all'ufficio di tutela la persona che n'è indegna a norma di legge; e ne conchiudono che l'esclusione sia applicabile soltanto ai tutori testamentari ed ai legittimi, mentre la rimozione è applicabile indistintamente per qualunque tutore ancorchè *dativo* (1).

L'osservazione corrisponde al vero per la generalità dei casi, ma non per tutti; e appunto per ciò la conclusione assoluta che se ne vuol trarre non sembra esatta, potendo accadere, sia pure eccezionalmente, che il consiglio di famiglia nomini ad un ufficio di tutela una persona colpita da qualche causa legale d'indegnità da esso ignorata, e prima che quella persona assuma di fatto l'esercizio di tale ufficio, scopertasi l'esistenza di quella causa d'indegnità, se ne faccia fondamento ad una domanda di *esclusione*. Reputiamo pertanto che sia più esattamente espresso il concetto da un altro autore, il quale dice che " la " esclusione *è più direttamente relativa alle tutele testamen-* " *tarie e legittime*, perchè nella tutela dativa non può essere " necessaria una deliberazione particolare e motivata del " consiglio di famiglia per escludere una persona, bastan- " dogli di non nominarla " (2).

Ristretta in questi termini l'osservazione è giustissima. Il consiglio di famiglia, che nella nomina del tutore dativo ha

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 461; Laurent, t. IV, n. 519, pag. 637.
(2) V. Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, pag. 348.

piena libertà di scelta, non ha d'uopo d'una deliberazione formale per escludere colui che abbia da lasciare da parte come indegno. Ma ciò non toglie che il consiglio di famiglia non debba deliberare formalmente sulla domanda che gli sia proposta per l'esclusione d'un tutore, che il consiglio medesimo potesse aver nominato ignorando la causa di indegnità, dalla quale si pretende che sia colpito.

Delle cause d'indegnità, alcune sono non solamente *generali*, come già sopra osservammo, ma eziandio *perpetue;* tali, cioè, che fanno luogo non solo alla rimozione da qualunque ufficio di tutela, di cui si trovasse in esercizio la persona al tempo in cui una di quelle cause si verificasse contro di lei, ma producono pure l'esclusione assoluta da qualunque di tali uffici a cui la persona medesima potesse essere in futuro chiamata; e sono tra quelle che si trovano enumerate nell'art. 269. Altre cause d'indegnità, ma *speciali e temporanee*, sono stabilite dall'art. 270, fondandole sovra condanne a pene correzionali, che però non siano inflitte per furto, frode, falso, o reato contro i buoni costumi. Queste cause d'indegnità sono *speciali*, perchè non fanno luogo all'esclusione od alla rimozione per qualunque ufficio della tutela, a cui il condannato fosse chiamato, ma per le sole funzioni di *tutore*, come già abbiam sopra accennato e come dimostreremo meglio più innanzi. Sono *temporanee*, perchè non producono l'esclusione del condannato da qualunque tutela a cui potesse essere chiamato in avvenire; ma i loro effetti son limitati *al tempo della espiazione della pena*, sicchè riguardano unicamente la rimozione dall'ufficio di cui sia in esercizio il tutore al tempo della condanna, e l'esclusione da qualunque tutela a cui il condannato medesimo potesse essere chiamato *finchè non abbia scontata la pena*.

Si può anche distinguere una terza classe di cause di indegnità, *generali* come le prime, ma che sono o possono essere *temporanee*. Troviamo un tale carattere in alcune

di quelle contemplate dall'articolo stesso 269. Così la esclusione per causa di *fallimento* non è assolutamente perpetua, perchè può cessare in caso di *riabilitazione* del fallito (detto art. 269, n. 4). E quando nel n. 3 del predetto articolo si escludono dagli uffici di tutela " le per- " sone *di notoria cattiva condotta*, e quelle *notoriamente* " *incapaci di amministrare* „ si suppone evidentemente, a veder nostro, *l'attualità della cattiva condotta o dell'incapacità notorie;* ond'è che anche tali cause d'esclusione potrebbero non essere perpetue, qualora per fatti posteriori avvenisse un fortunato cambiamento nelle condizioni della persona, sicchè quand'essa fosse chiamata a nuovi uffici di tutela, si verificasse la notorietà opposta della buona condotta o della capacità di lei ad amministrare. Fin qui crediamo che si cammini di perfetto accordo col testo della legge e colla ragione. Ma non ci sembra accettabile l'insegnamento del Borsari, il quale pensa doversi distinguere tra l'esclusione e la rimozione; reputando che *per notoria cattiva condotta* si possa bensì sempre *escludere* una persona da un ufficio di tutela a cui sia in qualunque tempo chiamata, ma non si possa per simil causa *rimuoverla* dall'ufficio che abbia già assunto, se non quando alla notoria cattiva condotta precedente si aggiungano censure da potersi fare alla persona medesima per disordini commessi nell'amministrazione tutelare di cui si vorrebbe privarla (1). La distinzione così proposta ci sembra affatto arbitraria, ed inconciliabile col testo generale ed assoluto dell'articolo 269, che detta regole perfettamente identiche tanto per l'esclusione quanto per la remozione. Dove il legislatore ha stimato opportuno di stabilire tra l'una e l'altra di esse una distinzione per qualche particolare rapporto, lo ha fatto espressamente, come nell'articolo 270. A fronte di ciò crediamo inutile il ricorrere, come fa il citato scrittore, all'autorità delle leggi romane,

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 269, 270, § 596, vol. I, pag. 946, 947.

le quali non possono avere alcun'applicabilità in questa materia di puro e rigoroso diritto positivo.

L'aggiunta, poi, che si tratterebbe di fare alla condizione della notoria cattiva condotta od incapacità ad amministrare, richiedendo che, onde far luogo alla remozione per tali cause, si dovesse inoltre provare la mala gestione della tutela da cui si tratterebbe di rimuovere, è non meno arbitraria; poichè se ne cercherebbe invano un qualunque fondamento nel testo della legge, la quale fa dipendere semplicemente dalla notoria cattiva condotta o dalla notoria incapacità ad amministrare la remozione, come l'esclusione dagli uffici tutelari. E in fine, anche considerando le cose sotto l'aspetto puramente razionale, non vediamo motivo di meravigliarsi che, a fronte d'una notoria cattiva condotta o d'una notoria incapacità ad amministrare tuttora esistenti, la legge non aspetti per rimuovere il tutore, da cui nondimeno sia stato assunto il delicato ufficio, che nell'esercizio medesimo di questo si siano manifestati gli effetti di quella immoralità od incapacità del tutore; proposito questo, che ci parrebbe davvero tutt'altro che provvido, tutt'altro che conforme a quello scopo protezionale che la legge tende a conseguire per l'interesse dei tutelati.

Le altre cause d'indegnità, previste dall'art. 269, hanno tutte il carattere di perpetuità. Non può dubitarsene quanto a quelle indicate nei numeri 1 e 2, cioè per le condanne a pene criminali, od alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi; il testo assoluto della legge parlando troppo chiaro in proposito. Ma reputiamo doversi pure attribuire il medesimo carattere alle cause d'indegnità consistenti, secondo il n. 3, nella *provata infedeltà o trascuratezza, o nell'abuso d'autorità nello esercizio della tutela*. Questi fatti, una volta che siansi verificati, non possono essere cancellati, nè sono modificati punto in quei caratteri, pei quali furono considerati dalla legge come cause d'indegnità, per quanto lungo

tempo sia corso in mezzo; epperò debbono far luogo alla esclusione da ogni ufficio di tutela a cui potesse essere chiamata, in qualunque tempo anche lontano, la persona indegna. Crediamo di più, che neppure la resipiscenza e la buona condotta posteriore della persona, che si era resa colpevole di quei fatti, varrebbe a riabilitarla così, da rendere inammissibile contro di lei la domanda d'esclusione o rimozione dagli uffici della tutela. Questa massima, oltre d'essere appoggiata all'espressione letterale della legge, sarebbe eziandio confortata, se non erriamo, da giusti motivi. Il testo ci dice bastare i fatti d'infedeltà o di trascuratezza provata, o di abuso d'autorità nell'esercizio della tutela, per far luogo tanto a rimuovere dalla tutela stessa in cui quei fatti fossero stati commessi, quanto ad escludere la persona colpevole dei fatti medesimi da qualunque ufficio a cui potesse essere chiamata in altre tutele. La buona condotta posteriore non toglie che quei fatti si siano verificati, nè che costituiscano di per sè soli una causa sufficiente d'esclusione. È manifesta poi la differenza rispetto ai casi di *notoria cattiva condotta* o di *notoria incapacità ad amministrare*. Questa notorietà sinistra deve esistere, secondo i termini stessi della legge, *allorchè si promuove l'esclusione o la remozione;* e se per la mutata condotta della persona sia subentrata una notorietà favorevole, l'esclusione o la remozione non è dunque più pronunciabile. Tale differenza è poi anche giustificata bastantemente da buone ragioni. La notorietà della cattiva condotta o dell'incapacità ad amministrare non si fonda su fatti particolari che abbisognino di essere positivamente e singolarmente provati; ma sulla opinione comune, indotta da un complesso di fatti, sui quali non si fa luogo a discutere particolarmente. Se questa opinione pubblica è invertita da un complesso di nuovi fatti, ugualmente indiscutibili, manca evidentemente ogni base per pronunciare l'esclusione o la remozione. All'opposto, quando si tratta d'infedeltà, di trascuratezza, di abuso di

autorità nell'esercizio della tutela, la legge non si riferisce ad una semplice opinione, per quanto generale, ma a fatti particolari e concreti, dei quali è necessario che sia somministrata la piena prova. Data la quale, la buona condotta posteriore della persona, per quanto fosse luminosamente dimostrata, non farebbe mai che quei fatti non si fossero verificati, e che da essi non continuasse a derivare un giusto sospetto di pericoli, a cui non sarebbe stato prudente che la legge esponesse gli interessi del minore.

Dopo quanto abbiamo esposto, riman facile il determinare a quale delle categorie, che abbiamo distinte, appartenga ciascuna delle cause di esclusione o di remozione; le quali, secondo i citati articoli 269 e 270, sono le seguenti:

1° la condanna ad una pena criminale od alla pena del carcere per furto, frode, falso, o reato contro i buoni costumi;

2° la condanna a pena correzionale per un reato che non sia tra quelli superiormente indicati;

3° la notoria cattiva condotta, o la notoria incapacità ad amministrare;

4° la provata infedeltà o trascuratezza, o l'abuso di autorità commesso nell'esercizio della tutela;

5° il fallimento, non seguìto da riabilitazione.

Nè vi è bisogno di aggiungere che queste cause d'indegnità sono tassative, e che le disposizioni di legge da cui sono stabilite debbono essere strettamente interpretate. Lo dimostrammo in genere per tutte le cause necessarie di privazione degli uffici attinenti alla tutela (1); e tanto più dee ritenersi in ispecie per le cause d'indegnità, che offendono l'onore della persona.

131. 1). La condanna ad una pena criminale (2) infligge tal disonore alla persona che n'è colpita, da toglierle assolutamente quella fiducia e quel prestigio d'autorità,

(1) V. sopra, n. 122, pag. 524, 525.
(2) V. per le modificazioni apportate agli art. 269, 270 cod. civ. dal nuovo codice penale, la nota (1) a pag. 564 di questo volume.

che le abbisognerebbero in qualunque ufficio di tutela a cui fosse chiamata. Quindi è che tra le persone escluse dai predetti uffici, o che debbono esserne rimosse, qualora li avessero assunti, l'art. 269 annovera in primo luogo " i condannati ad una pena criminale ". La *condanna* e la *qualità della pena* da essa recata sono evidentemente le sole basi di questa disposizione, la quale pertanto è applicabile senza riguardo alla *qualità del reato*, pel quale la pena sia inflitta.

Le pene correzionali, al contrario, non hanno in sè medesime tanta gravità, nè le condanne da cui sono recate infliggono sempre tal disonore, da doversi reputare che queste bastassero sempre e per sè sole a produrre indegnità agli uffici della tutela. Perciò il legislatore pose tra le cause d'indegnità la sola condanna alla maggiore di tali pene, quella *del carcere*, e purchè sia inflitta per uno di quei reati, i quali, considerata la natura loro, possono giustificare il timore che, affidando al condannato un ufficio di tutela, si esponga a gravi pericoli l'interesse del minore, sia in ciò che riguarda il governo della sua persona, sia in ciò che concerne l'amministrazione dei suoi beni. A base della indegnità stabilita dalla legge si aggiunge qui pertanto ai due elementi sopra notati, della *condanna* e della *qualità della pena*, un terzo elemento: la *qualità del reato*. In tal senso è disposto dall'art. 269, n. 2, essere esclusi e dover essere rimossi dagli uffici di tutela, qualora li avessero assunti, " i condannati alla pena del " carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i " buoni costumi ".

Primo ed essenzial fondamento dell'indegnità in tutti i casi è dunque *la condanna;* senza la quale non basterebbe certamente l'allegare ed offrirsi di provar fatti della natura di quelli contemplati nel n. 2 dell'art. 269, o costituenti reato punibile con pena criminale, per appoggiarvi efficacemente una domanda d'esclusione o di remozione. Affinchè però la condanna possa produrre l'effetto

dell'indegnità, è indispensabile che la sentenza da cui sia stata pronunciata abbia acquistato *l'autorità di cosa giudicata*. Prima di questo momento, la condanna essendo tuttora revocabile, ripugnerebbe che potesse derivarne *l'effetto perpetuo* dell'indegnità del condannato, in ordine agli uffici tutelari; e d'altra parte ne mancherebbero anche i motivi, non essendo ancora definitivamente inflitto il disonore della condanna, che renderebbe il condannato indegno di quelle funzioni (1). Secondo un'altra opinione, per certo autorevolissima, si dovrebbe distinguere: " o trattasi di *esclusione*, e basterebbe la prima " condanna; se di remozione o destituzione, ragion vor- " rebbe che il tutore, che già si trova nell'esercizio, non " fosse definitivamente rimosso se non *dopo la decisione* " *definitiva* „ (2). Anche qui ricadremmo, a veder nostro, nell'arbitrio d'una distinzione non ammessa dalla legge, la quale nell'art. 269 parla indistintamente dell'esclusione e della remozione, e le fa derivare ambedue dalle stesse cause, e le sottopone alle medesime norme. Forse potrebbe essere opportuna l'idea proposta dal lodato autore per una riforma legislativa; ma qui non si tratta di diritto costituendo. E in diritto costituito, tanto meno ci sembra ammissibile che *per la esclusione* della persona chiamata ad un uffizio di tutela *basti la prima condanna* a cui quella persona sia stata sottoposta, poichè versiamo in materia di eccezione, nella quale la indegnità dev'essere limitata ai casi espressi dalla legge, e le disposizioni di questa, in ogni caso di dubbio, debbono interpretarsi restrittivamente. La legge parla di *condanne*, alle quali attribuisce un effetto perpetuo, quale è quello della esclusione dagli uffici tutelari; ed è naturale intenderla nel senso di condanne definitive e irretrattabili. Il Borsari fa pur considerare, quanto a colui che venisse rimosso, che, " se nulla·

(1) V. Ricci, vol. II, n. 401, pag. 513.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 269, 270, vol. I, § 594, pag. 943.

" mente o ingiustamente condannato, il suo onore offeso " gli darebbe diritto di reclamare l'ufficio, e il disturbo " dell'amministrazione e lo scandalo non sarebbe lieve ". E se taluno fosse stato escluso dalla tutela, in cui per testamento o per legge gli spettasse un ufficio, e fosse stato escluso in vista d'una prima condanna, che poi venisse annullata o ritrattata, forsechè anche il suo onore non sarebbe stato offeso a torto? E se nel frattempo il consiglio di famiglia avesse nominato, come nel massimo numero dei casi dovrebbe avvenire, un nuovo tutore, l'escluso non dovrebbe egli pure avere diritto di reclamare l'ufficio ingiustamente toltogli? O allora il disturbo della amministrazione e lo scandalo sarebbe forse minore? Se non che veramente — dato che potesse farsi luogo alla esclusione od alla remozione sul fondamento della sola prima condanna — nè l'escluso nè il rimosso, che più tardi ottenesse ragione della propria innocenza, troverebbe nella legge il mezzo per poter reclamare l'ufficio che nel frattempo fosse stato conferito ad altra persona, non potendosi più far cessare le funzioni da questa assunte, se non per una delle cause tassativamente determinate dalla legge stessa. Ed è questo un nuovo e, secondo noi, potente argomento contro il concetto che la esclusione o la remozione possa effettuarsi prima che la sentenza di condanna sia divenuta irretrattabile. Non è da negarsi che il lasciare affidate le funzioni della tutela ad un condannato, quantunque la sentenza non abbia ancora forza di cosa irretrattabilmente giudicata, possa produrre inconvenienti. Il consiglio di famiglia provvederà nel frattempo a tutelare gl'interessi del minore coi migliori mezzi che stiano entro i limiti del potere conferitogli dalla legge.

Altro elemento essenziale della indegnità, stabilita nei num. 1 e 2 dell'art. 269, abbiam detto essere *la qualità della pena inflitta* dalla sentenza di condanna; sicchè non produrrebbe indegnità l'essere stato con sentenza dichia-

rato taluno punibile d'un reato soggetto normalmente ad una pena criminale, od a quella del carcere, se però per cause personali od altre ammesse dalla legge fosse stata applicata una pena minore. È indifferente, del resto, che la condanna sia o non sia secondo la legge riguardata come *infamante*, o che porti o non porti con sè la interdizione dai pubblici uffici o la interdizione legale. Nè la *interdizione dai pubblici uffici* basterebbe per sè a giustificare la esclusione o la remozione dalla tutela; poichè questa non è veramente da annoverarsi tra gli *uffici pubblici* propriamente detti, quantunque le regole che la riguardano siano giustamente annoverate tra quelle di ordine pubblico (1). Nè potrebbero invocarsi in contrario le disposizioni della legislazione penale, che comprendano tra gli effetti della *interdizione dai pubblici uffici* anche la *incapacità di essere tutore o curatore, o di concorrere negli atti relativi alla tutela;* poichè a quelle disposizioni anteriori è derogato in questa parte dal codice civile, il quale ha regolato con un nuovo sistema completo tutto ciò che concerne l'ordinamento della tutela, e fra l'altro ha determinato quali siano le cause di esclusione o remozione dagli uffici tutelari, con disposizioni che sono essenzialmente tassative, e tra le quali non ve n'ha alcuna che autorizzi a comprendere tra quelle cause anche la *interdizione dai pubblici uffici* (V. art. 5, in fine, Disposiz. prelim.).

Bisogna non dimenticare che la indegnità agli uffici di tutela è *un effetto della condanna alle pene indicate nei n. 1 e 2 dell'art.* 269; non è un effetto accessorio della pena stessa. Ond'è che l'estinzione di questa, sia per la espiazione, sia per prescrizione, o per grazia, amnistia od indulto, non farebbe cessare l'indegnità di cui il condannato venne colpito in forza della sentenza che gl'inflisse quella determinata pena. Nè infatti potrebbe bastare l'avere scontata la pena, o l'essersene sottratto con uno dei mezzi surri-

(1) V. sopra, n. 11, pag. 23 seg.

cordati, per rendere al condannato quella estimazione pubblica e quella fiducia, la cui mancanza avea dato luogo per disposizione della legge ad escluderlo dagli uffici della tutela. Ma l'indegnità scomparirebbe qualora il condannato, dopo avere espiata la pena, od ottenuto decreto reale di amnistia, di indulto, o di grazia, avesse riportata a forma di legge la *riabilitazione;* poichè questa *fa cessare per l'avvenire nella persona del condannato tutte le incapacità risultanti dalla condanna, fatta solo eccezione per la interdizione dall'esercizio dei diritti politici.*

Quanto poi all'altro elemento, fondamentale per la indegnità nel caso contemplato dal n. 2 dell'art. 269, cioè la *qualità del reato*, basterà l'osservare che per istabilire se la pena del carcere sia veramente stata inflitta per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi, la qualificazione del reato risulterà dalla sentenza stessa di condanna; e qualora qualche dubbio potesse sorgere, il risolverlo spetterebbe all'autorità giudiziaria, alla quale sarebbe da deferirsi il richiamo che si proponesse contro la deliberazione presa in proposito dal consiglio di famiglia (1).

132. 2). Le condanne a pene correzionali, che non essendo del carcere, o non essendo state inflitte per uno dei reati previsti nel n. 2 dell'art. 269, non fanno luogo ad *esclusione generale e perpetua* dagli uffici di tutela, possono tuttavia produrre — come già osservammo (2) — una *indegnità, che è speciale per l'ufficio di tutore*, ed è *temporanea* perchè dura soltanto *finchè il condannato non abbia scontata la pena.* Inoltre le cause di questa indegnità sono regolate — ciò pure notammo incidentemente (3) — con norme diverse secondochè si tratti della *esclusione* o della *remozione.* Imperocchè, quanto alla prima, *il condannato a qualunque pena correzionale non può essere tutore*

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 269, § 594, pag. 943.
(2) V. sopra, n. 130, pag. 568.
(3) V. sopra, n. 130, pag. 565.

finchè non abbia scontata la pena; mentre il tutore, che già fosse in esercizio, non potrebb'essere rimosso per una condanna correzionale, che fosse pronunziata contro di lui, se non quando la pena fosse del *carcere;* e se la durata di tale pena fosse *minore di un anno*, rimarrebbe ancora in facoltà del consiglio di famiglia il non deliberare la remozione. Per queste cause speciali e temporanee di indegnità, ai due elementi, comuni agli altri casi, della *condanna* e della *qualità della pena* se ne aggiunge pertanto anche qui un terzo; che però non consiste — come per le altre condanne correzionali, che a norma del n. 2 dell'art. 269 fanno luogo ad una *indegnità generale e perpetua* — nella qualità del reato, ma nella *durata della pena.* La quale poi influisce in modi diversi: sulla esclusione, non facendo luogo ad essa fuorchè fino a quando il condannato non abbia scontata la pena stessa; e sulla remozione limitandone inoltre la obbligatorietà al caso in cui la condanna al carcere sia per più di un anno, e lasciandola facoltativa quando la pena predetta sia per minor tempo.

Tali sono, se non erriamo, i principali caratteri pei quali si distinguono dalle altre cause d'indegnità, stabilite nel precedente articolo, quelle che risultano dalla disposizione dell'art. 270 così concepito:

“ Nel caso di condanna a pena correzionale per reato
“ non indicato nel n. 2 dell'articolo precedente, il con-
“ dannato non può essere tutore finchè non abbia scontata
“ la pena.

“ Qualora avesse già assunta la tutela, e la pena fosse
“ maggiore d'un anno di carcere, la perde, nè può esservi
“ riammesso finchè dura la pena; se questa è minore di
“ un anno, il consiglio di famiglia lo può rimuovere „ (1).

Prima di esporre qualche difficoltà, che ci sembra potersi presentare, e di proporne la risoluzione, reputiamo non inutile l'accennare all'origine ed ai motivi di questo

(1) V. la nota sopra a pag. 564.

articolo. Il quale non aveva disposizioni corrispondenti nelle legislazioni anteriori, tranne che nell'art. 305 del codice Albertino. Questo stesso però non pronunciava la esclusione dall'ufficio di tutore contro chi fosse stato condannato *a qualunque pena correzionale*, finchè non avesse scontata la pena, ma solamente *per la condanna al carcere*; e quando la durata di questa pena non eccedesse l'anno, lasciava in facoltà del consiglio di famiglia il rimuovere, o no, il tutore. Era insomma la regola applicata nel § 2 dell'attuale art. 270 alla *remozione della tutela*, che l'art. 305 del codice Albertino rendeva comune anche alla *esclusione* dal medesimo ufficio. Una regola simile non trovavasi riprodotta nel progetto di codice pel regno d'Italia, presentato dal Ministero; fu aggiunta nel progetto Senatorio in termini sostanzialmente identici a quelli dell'art. 305 del codice Albertino. " La convenienza di questa disposi-
" zione, dicevasi nella Relazione *Vigliani*, è di tutta evi-
" denza, poichè il condannato al carcere, che sconta la
" pena, oltre di non potere in fatto esercitare la tutela,
" ha una tale macchia che può rendernelo indegno. E in
" vero egli sarebbe sempre un cattivo esempio agli occhi
" dell'inesperto minore il dover cercare in un luogo di
" pena, in mezzo ai ladri e ai truffatori, il proprio tutore ".

La Commissione coordinatrice accettò poi senza discussione la proposta di modificare la disposizione, formulandola nei termini che ora si leggono nell'art. 270 (1). Il quale contempla i soli casi di condanne a pene correzionali *per reato non indicato nel n. 2 dell'articolo precedente*; perchè in quest'ultima ipotesi non si tratterebbe d'una indegnità *speciale*, *temporanea*, *diversamente regolata in ordine alla esclusione ed in ordine alla remozione*, com'è quella stabilita dal predetto art. 270, ma d'una indegnità *generale*, per tutti gli uffici di tutela, *perpetua*, *dipendente da identiche cause*, *sì quanto alla esclusione che alla remozione*.

(1) V. Proc. verb., n. 18, § IV, pag. 190.

Tenendo presenti tali differenze, che ricordammo in principio di questo numero, tra le cause d'indegnità risultanti dalla disposizione dell'art. 269 e quelle che sono stabilite nell'art. 270, affronteremo ora le difficoltà, che nell'applicazione di quest'ultimo si possono incontrare relativamente a ciascuna delle differenze predette; e forse si dovrà riconoscere che tali difficoltà non sono nè così poche, nè tanto lievi quanto a primo aspetto si potrebbe credere per l'apparente chiarezza della disposizione.

Dicemmo, in primo luogo, che le cause d'indegnità contemplate nell'art. 270 sono *speciali*, perchè non fanno luogo alla esclusione od alla remozione da qualunque ufficio di tutela, ma *dalle sole funzioni di tutore*. La dimostrazione di questo principio non è malagevole. Il testo parla di condanne a pene correzionali, per le quali " il condannato " *non può essere tutore* finchè non abbia scontata la pena „ o " *perde la tutela*, che già avesse assunta, nè può esservi " riammesso finchè duri la pena „. Ora, se si confronta questa disposizione coll'altra dell'art. 269, in cui si parla di persone che *sono escluse dagli uffici di tutore, protutore, curatore o consulente, e debbono esserne rimosse qualora li avessero assunti*, è ovvio argomentarne che la indegnità stabilita nell'art. 270, a differenza di quelle risultanti dal precedente, non abbia ad estendersi ad altri che *al tutore*, pel quale fu espressamente pronunciata; poichè quando il legislatore volle render comuni a tutti gli uffici di tutela le identiche cause d'indegnità, lo ha dichiarato, come appunto nell'art. 269. E tale argomentazione è di certo perfettamente giuridica; giacchè siamo in materia rigorosa, di esclusione o remozione da un ufficio civile, che tutti hanno il diritto come l'obbligo di esercitare, qualora ne siano legittimamente investiti, se pure non si trovino in condizioni di eccezione per le quali la legge li privi di quel diritto (1). D'altronde i motivi sopra riferiti, che

(1) V. Ricci, vol. II, n. 401, pag. 514.

indussero il legislatore a pronunciare la indegnità anche per condanne a pene correzionali non ancora espiate quantunque non fossero state inflitte per alcuno dei reati indicati nel n. 2 del precedente art. 269, riguardavano più veramente l'ufficio del tutore, che deve attendere continuamente alla cura della persona del minore, a rappresentarlo negli atti civili ed amministrarne i beni, anzichè le funzioni assai meno importanti, non continue e in parte eventuali, del protutore, del curatore, del consulente.

Secondariamente notammo: che per la temporaneità caratteristica delle cause d'indegnità contemplate nell'articolo 270, è da considerarsi in esse un elemento affatto speciale, quello della *durata della pena;* la cui influenza però si manifesta in modo diverso in ordine alla *esclusione*, ed in ordine alla *remozione* dalla tutela, secondo le separate disposizioni fatte per l'una e per l'altra nei due distinti paragrafi del predetto articolo.

Quanto alla *esclusione*, il primo paragrafo ci dice che " il *condannato non può essere tutore finchè non abbia scontata la pena* „; la cui durata influisce dunque soltanto nel respingere il condannato da qualunque tutela a cui potesse esser chiamato in quell'intervallo; ma non è dal tempo maggiore o minore della pena pronunciata colla sentenza di condanna, che dipenda il farsi luogo, o no, alla esclusione, o l'esser essa necessaria o facoltativa da parte del consiglio di famiglia che ha da deliberarne.

Le espressioni sopra richiamate della legge suppongono forse necessariamente che il condannato abbia già cominciata la espiazione della pena allorchè gli è deferito l'ufficio di tutore? In altri termini, è la condanna ad una pena correzionale non ancora espiata, od è la pena stessa in corso di espiazione, che costituisce la causa d'indegnità, e che perciò fa luogo ad escludere il condannato dall'ufficio di tutore? Non negheremo che risalendo all'origine di questa disposizione, come era proposta nel progetto Senatorio, si potrebbe propendere per la seconda delle

idee sopra cennate. Si parlava della *pena del carcere*, del condannato che stesse scontandola, della impossibilità in cui ciò lo porrebbe, in fatto, di esercitare la tutela. Sotto queste viste sarebbe stato naturale il pensare che la esclusione del condannato dall'ufficio di tutore, secondo lo spirito della legge, fosse una conseguenza della pena in corso di espiazione, anzichè della condanna. Ma la Commissione coordinatrice modificò profondamente il progetto in questa parte, abbenchè nelle sue discussioni non abbia forse lasciate traccie sufficienti dei motivi che ve la indussero. Abbandonò il concetto limitato della *pena del carcere, che il condannato stia scontando*, e vi sostituì l'altro generale di *condanne a pene correzionali per reati non indicati nel n. 2 dell'art.* 269. Ora tra le *pene correzionali* vi sono anche le pecuniarie, vi è *la multa;* alla quale certamente non possono essere applicabili le idee sopra indicate, per le quali si considererebbe la esclusione della tutela come conseguenza legale della pena, durevole quanto la espiazione di essa. Si sarebbe dunque in questa alternativa: o di escludere la multa dal novero di quelle pene, la condanna alle quali può produrre la esclusione dalla tutela, ma ciò non par conciliabile colla generalità del testo, che parla di *condanne a pene correzionali;* ovvero di ritenere che la esclusione predetta, secondo lo spirito della nostra legge, sia veramente considerata come una *conseguenza della condanna* a pena correzionale, e la espiazione di questa non costituisca che il limite oltre cui cessa la esclusione dall'ufficio di tutore; e crediamo che questa sia la interpretazione più ragionevole della legge quale è. Da ciò dedurremmo che quando, al tempo in cui fosse deferito ad una persona l'ufficio di tutore, essa fosse stata condannata con sentenza passata in giudicato ad una pena correzionale, di cui però non avesse ancora cominciata l'espiazione, dovesse tuttavia pronunciarsi l'esclusione; e così parimente per qualunque altra tutela a cui la stessa persona potesse esser chiamata *finchè non avesse scontata la pena.*

Quale decisione sarebbe da adottarsi qualora la pena correzionale, invece di essere espiata, fosse rimasta estinta per prescrizione, per grazia, per indulto o per amnistia? Ammesso che la esclusione dall'ufficio di tutore sia una conseguenza della condanna, piuttosto che della pena, parrebbe a primo aspetto doversene conchiudere che la estinzione della pena per quelle cause non valesse a far cessare la indegnità (1). Se non che è da riflettere che sebbene derivi dalla condanna, la esclusione è però limitata, secondo la legge, dalla espiazione della pena; ond'è che se a tale espiazione non vi sia più luogo, perchè la pena sia estinta, manca un estremo indispensabile per la esclusione; la quale, se fosse ritenuta ancora, diverrebbe *perpetua*, contro la intenzione del legislatore che l'ha voluta in questo caso essenzialmente temporanea.

Ad un ultimo quesito può lasciar luogo la disposizione del medesimo § 1 dell'art. 270. Dicendo che " il condannato " *non può essere tutore finchè non abbia scontata la pena* „ intende la legge che il condannato medesimo conservi il diritto ad entrare nell'esercizio della tutela appena abbia compiuta l'espiazione della pena, facendo così cessare dall'ufficio chi fosse stato chiamato in luogo suo? La risoluzione negativa non pare dubbia. Una volta che per aver subita condanna a pena correzionale chi era prima chiamato all'ufficio di tutore ne rimase escluso, e la tutela fu assunta in vece sua da altra persona, non possono ormai togliersi a questa le funzioni di cui fu investita, se non quando si verifichi alcuna delle cause legali ordinarie di cessazione relativa della tutela. Questa specie di rivendicazione dell'ufficio tutorio, che il condannato potesse fare dopo avere scontata la pena, sarebbe d'altronde troppo manifestamente contraria all'interesse del minore per potere ammettere, nel silenzio della legge, ch'essa lo abbia voluto. Il condannato, dopo aver espiata la pena, potrebbe

(1) V. sopra, n. 131, pag. 576.

soltanto riassumere quella stessa tutela dalla quale era rimasto escluso, qualora ridivenisse vacante, od esercitare quelle nuove tutele che posteriormente si aprissero.

Quanto alla *remozione*, il paragrafo secondo dell'art. 270 dichiara che il condannato *alla pena del carcere maggiore di un anno deve essere rimosso dalla tutela*, che già avesse assunta, nè può esservi riammesso *finchè dura la pena;* se poi la pena *non* è *maggiore di un anno*, il consiglio di famiglia *può rimuovere* il tutore condannato.

Nel che appariscono le due differenze, che già sopra abbiamo notato in questo rapporto, tra la esclusione e la remozione: che per la prima si ha riguardo alla *qualità della pena* solo in quanto si richiede ch'essa sia *correzionale*, senza distinguere poi se sia l'una o l'altra delle pene appartenenti a questa categoria, e si ha riguardo alla *durata della pena* solo perchè la esclusione è limitata al tempo in cui la pena non sia ancora stata scontata; mentre per la *remozione* si considera esclusivamente la pena speciale del *carcere*, e dalla durata di essa si fa dipendere non solo il tempo in cui la remozione può aver luogo, ma inoltre l'essere *necessaria* la remozione stessa, o *facoltativa* a prudente giudizio del consiglio di famiglia. Le quali differenze, recanti un maggior rigore per la *remozione* che per la *esclusione*, sono evidentemente giustificate dall'interesse del minore, a cui più spesso nuoce il cambiamento di tutore.

Esaminiamo ora separatamente i due casi distinti nel predetto § 2 dell'art. 270. Se la pena recata dalla sentenza di condanna è *maggiore d'un anno di carcere*, il condannato *deve essere rimosso;* così dicemmo sopra. Il testo veramente usa una espressione diversa: " il condannato *perde la tutela* che avesse già assunta ", il che potrebbe significare che in forza della condanna chi avesse assunta la tutela ne cessasse *di pien diritto*. Ma non crediamo che tale possa essere la interpretazione da darsi a queste parole; le quali si spiegano altrimenti, raffrontandole alle seguenti, con cui nel medesimo articolo, prevedendo il caso d'una condanna alla pena

del carcere per tempo non maggiore di un anno, si è detto che *il consiglio di famiglia può allora rimuovere* il condannato dalla tutela. Per far meglio risaltare come la condanna a più d'un anno di carcere renda *necessaria* la remozione del tutore, si è detto che in tal caso egli *perde la tutela*. Del resto, se è vero, come parve a noi, che la esclusione e la rimozione, a differenza della incapacità, non abbiano luogo di pien diritto, ed occorrano sempre le deliberazioni formali del consiglio di famiglia per pronunciarle (1), non vedremmo ragione per cui dovesse essere altrimenti quanto alla remozione dipendente da condanna al carcere per reati non indicati nel n. 2 dell'art. 269. Perchè mai il condannato a pena criminale, od alla pena del carcere per furto, frode, falso o reato contro i buoni costumi, *dovrebb'essere rimosso* per deliberazione del consiglio di famiglia, come è espressamente dichiarato nello stesso art. 269 combinato col 271, e invece il condannato al carcere per più di un anno, in causa d'un reato minore, dovrebbe *perdere di pien diritto la tutela?* Preferiamo perciò d'interpretare le parole "*perdere la tutela*„ adoperate nell'art. 270, § 2, nel senso corrispondente alla espressione usata nell'art. 269: che, cioè, il condannato *debba essere rimosso* dalla tutela.

Il testo aggiunge inoltre che il condannato *non può essere riammesso alla tutela finchè dura la pena*. Ciò veramente sarebbe stato evidentissimo senza bisogno di esprimerlo. Poichè, se a norma del precedente paragrafo del medesimo articolo, qualunque condanna a pena correzionale esclude il condannato dal poter essere tutore *finchè non abbia scontata la pena*, chi mai potrebbe pensare che fosse riammissibile alla tutela *durante la espiazione della pena* il condannato al carcere per tempo maggiore di un anno? Il motivo della dichiarazione espressa, che il legislatore volle fare, risulta forse dal confronto col corrispondente

(1) V. sopra, n. 123, pag. 528-535.

art. 283 del progetto Senatorio, in cui si stabiliva che chi fosse stato condannato a più di un anno di carcere, e fosse rimosso perciò dalla tutela che avesse assunta “ *non potesse esservi riammesso senza deliberazione del consiglio di famiglia* „. Probabilmente si volle togliere un dubbio, che poteva nascere da questo modo di esprimersi, dichiarando che neppure per deliberazione del consiglio potesse essere riammesso alla tutela il condannato finchè durasse la pena. Con ciò per altro non si volle significare che scontata la pena il condannato possa dal consiglio essere riammesso alla tutela facendone cessare chi l'aveva assunta in sua vece. Una tale interpretazione contraddirebbe al principio secondo cui chi è legittimamente investito dell'ufficio tutorio non può esserne privato per tutto il tempo della tutela, se non quando si verifichi qualcuna delle cause legali di cessazione relativa di essa. Tutto ciò che può dirsi è che, *scontata dal condannato la pena*, e *qualora ridivenisse vacante la tutela*, egli *potrebb'essere nuovamente nominato tutore dativo*, e in tal senso essere *riammesso alla tutela;* come potrebb'essere nominato in altre tutele che posteriormente si fossero aperte o rese vacanti, essendo allora cessata ogni causa di esclusione contro di lui, a norma del § 1 dell'art. 270. Così riteniamo, non solo pel caso che il tutore rimosso avesse parimente la prima volta avuto l'ufficio per nomina fatta dal consiglio di famiglia; ma eziandio pel caso ch'egli fosse stato prima tutore testamentario o legittimo. Quel titolo, da cui gli derivava in origine la qualità di tutore, non potrebb'essere più invocato da lui, dopo scontata la pena e ridivenuta vacante la tutela, per riprendere *di diritto* l'ufficio da cui era stato rimosso. Quel titolo egli lo ha perduto definitivamente per la remozione; e forse è anche questo senso da potersi attribuire alla espressione del testo, che il condannato a più di un anno di carcere *perde la tutela*, che avesse già assunta. Ciò che solo è possibile, dopo ch'egli abbia espiata la pena, è che *venga riammesso alla tutela*, mediante

deliberazione del consiglio di famiglia; e in tal caso questa deliberazione costituisce per lui una nuova nomina, dalla quale assume la qualità di *tutore dativo*. Queste idee oltre che conformi al testo della legge, e suffragate dal confronto col corrispondente art. 283 del progetto Senatorio, ci sembrano poi anche perfettamente giustificabili. Per le condanne penali contemplate nell'art. 269 la remozione del tutore è irreparabile, come per le medesime cause è perpetua la esclusione da qualunque ufficio della tutela; per quelle indicate nell'art. 270 la esclusione è temporaria, ma la remozione, una volta pronunciata, produce effetti definitivi, e non è riparabile, se non per deliberazione del consiglio di famiglia, che riconoscendo non esservi pericolo per l'interesse del minore nell'affidare nuovamente l'ufficio a chi ne fu rimosso come condannato alla pena maggiore d'un anno di carcere, da lui poscia espiata, lo riammetta alla tutela.

Se la pena del carcere, a cui sia stato condannato il tutore che abbia già assunto l'ufficio, *non sia maggiore di un anno*, il consiglio di famiglia *può rimuovere* il tutore stesso. Riproduciamo con ciò la formola ch'era stata usata nell'art. 283 del progetto Senatorio, il cui secondo paragrafo era espresso così: " Nel caso di *condanna a pena* " *non maggiore d'un anno di carcere*, potrà il consiglio di " famiglia rimuovere dalla tutela il condannato ". Nel testo attuale si legge invece: " se questa (la pena del " carcere) *è minore di un anno*, il consiglio di famiglia lo " può rimuovere (il condannato) ". Ma questa maniera di dire ci sembra meno esatta, senzachè però siasi inteso di esprimere un concetto diverso. Confrontando tra loro le due parti in cui si divide la disposizione di questo secondo paragrafo dell'art. 270, troviamo contrapposta *la pena maggiore d'un anno di carcere* a quella *minore di un anno*, e dichiararsi *necessaria* nel primo caso, *facoltativa* nel secondo la remozione del condannato dall'ufficio di tutore, ch'egli avesse già assunto. Prendendo alla lettera queste due parti

della disposizione, qual sorte dovremmo dunque ritenere riserbata al tutore che fosse stato condannato appunto *ad un anno di carcere?* La remozione di lui sarebbe *necessaria, o facoltativa?* Nel dubbio, che il testo della legge lascia a tale proposito, ci parrebbe inevitabile l'adottare il secondo partito; poichè l'altro, più grave, di ritenere *necessaria la remozione*, diverrebbe arbitrario in materia, quale è questa, di stretta interpretazione. La legge dice soltanto *perdersi la tutela* da chi avendola già assunta sia stato condannato *a pena maggiore di un anno di carcere;* e questa disposizione di rigore non può quindi estendersi a carico di chi sia stato condannato soltanto *alla pena di un anno di carcere.* Ciò che è scritto nell'ultima parte dell'art. 270 equivale dunque nella sostanza a quanto era espresso più esattamente nel progetto Senatorio; cioè che il consiglio di famiglia *possa rimuovere* dalla tutela il condannato nel caso di *pena non maggiore d'un anno di carcere.*

Nell'esercizio della facoltà attribuitagli, di rimuovere, o non, il tutore che sia stato condannato alla pena non maggiore di un anno di carcere, il consiglio di famiglia dovrebbe prender norma *dalla qualità del reato e dalle circostanze* (1) valutabili a suo prudente criterio. Ma la deliberazione, che il consiglio di famiglia prenda a tale proposito, sarà soggetta a censura e revocabile dall'autorità giudiziaria, in seguito al richiamo che potrà farsi davanti il tribunale, secondo la disposizione dell'art. 271? Vi è motivo di dubitarne; perchè la determinazione a rimuovere, od a mantenere in ufficio il tutore, dipende in questo caso da un apprezzamento discretivo, che, affidato dalla legge al consiglio di famiglia, può parere incongruo che venga poi sottoposto alla censura d'un'autorità superiore. Tuttavia è da considerare la generalità della disposizione contenuta nell'art. 271, che assoggetta al *richiamo davanti al tribunale* tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 81.

intorno alle *domande cui possono dar luogo le disposizioni dei due precedenti articoli*, e quindi anche quella relativa alla remozione del tutore, che sia condannato alla pena del carcere per tempo non maggiore di un anno. D'altra parte è da riflettere che qualunque sia la deliberazione presa dal consiglio di famiglia, vi è ragione di ammettere che possa essere sottoposta al giudizio superiore del tribunale, affinchè non sia abbandonato al semplice arbitrio di quel consiglio l'onore del tutore da un lato, o l'interesse del minore dall'altro. Propendiamo quindi a pensare che deferendosi al tribunale il richiamo contro la deliberazione del consiglio, il tribunale stesso possa pronunciare in merito ai motivi di rimuovere, o non, il tutore, e revocare anche la deliberazione predetta. Nella parte dell'articolo 270, § 2, che riguarda la removibilità del tutore per essere stato condannato a pena non maggiore d'un anno di carcere, non è ripetuta la disposizione, precedentemente fatta pel caso di condanna a pena maggiore, che *il rimosso non possa essere riammesso alla tutela finchè duri la pena*. Dovremmo argomentarne, *a contrario*, che in questo caso il consiglio potesse anche, dopo avere rimosso il tutore, riammetterlo alla tutela quantunque non avesse ancora finito di scontare la pena? Ben si vede che il dubbio non nasce se non quando nell'intervallo la tutela sia rimasta, o sia ridivenuta vacante; chè non potrebb'essere in potere del consiglio di famiglia di far cessare arbitrariamente le funzioni del nuovo tutore che fosse subentrato, per riaffidarle a quello ch'era stato rimosso. Ma in quel caso il non essere stata riprodotta dalla legge la proibizione espressa di riammettere alla tutela durante la pena il tutore rimosso, e il considerare che come fu facoltativa la remozione, così potrebbe essere facoltativa nelle condizioni stesse la riammissione, presterebbero a primo aspetto fondamento alla opinione favorevole. Nondimeno reputiamo che questa non sia veramente sostenibile, a fronte del disposto dal precedente § 1 del medesimo art. 270. È vero che rimuovendo il tutore

il consiglio ha esercitata una facoltà che la legge gli lasciava liberamente, nè senza la deliberazione sua la remozione avrebbe potuto aver luogo. Ma una volta che ha usato di questa facoltà, rimuovendo il tutore, il consiglio lo ha spogliato definitivamente della qualità che aveva. Rimasta o ridivenuta vacante la tutela, il rimosso potrebbe bensì essere *riammesso*, ma solo *mediante una nuova nomina*, che il consiglio di famiglia deliberasse in suo favore. Ora questa nuova nomina non potrebbe aver luogo legalmente *durante la pena;* perchè, secondo il § 1 dell'art. 270, qualunque condanna a pena correzionale, per reato non indicato nel n. 2 dell'articolo precedente, *esclude il condannato dal poter essere tutore finchè non abbia scontata la pena.*

133. 3). Il codice Francese non aveva una disposizione speciale che espressamente comprendesse i falliti tra le persone da escludersi o rimuoversi dalla tutela. I commentatori erano perciò d'accordo nel ritenere che il fallimento non potesse considerarsi per sè come una *causa legale* di esclusione o di remozione. Ammettevano però che anche questo caso potesse rientrare nell'altra causa generale contemplata nel n. 2 dell'art. 444 di quel codice, e consistente nella *provata incapacità di amministrare.*

Ma prendendo la cosa sotto tale aspetto tutto dipendeva dal vedere in ciascun caso particolare se il fallimento potesse veramente attribuirsi ad incapacità della persona, o piuttosto a sventura. E pur riconoscendo che nel maggior numero dei casi il fatto stesso del fallimento costituisse da sè una prova sufficiente della incapacità ad amministrare, sicchè al fallito non si dovesse affidare o lasciare la tutela, si diceva però che dovesse essere altrimenti qualora fosse provata l'onestà e la capacità di lui, che fosse stato vittima di sinistri eventi, di forza maggiore, di turbamenti politici, di dolo o fallimento altrui (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 492; Laurent, t. IV, n. 523, pag. 641, 642.

Neppure il progetto di codice pel regno d'Italia presentato dal Ministero, conteneva alcuna disposizione espressa in proposito. La Commissione del Senato aggiunse all'articolo 238 di quel progetto un quarto numero, comprendendo tra coloro che sono esclusi dagli uffici di tutela, o debbono esserne rimossi qualora li abbiano assunti “ *i falliti non riabilitati* „ (art. 269, n. 4, codice civile).

“ I falliti, diceva l'illustre relatore, avendo condotto a “ rovina le cose proprie, non meritano la fiducia della “ legge nell'amministrazione delle cose dei minori, più che “ non la meritasse lo scioperone Damasippo, al quale “ Orazio fa dire argutamente: *Excussus propriis aliena* “ *negotia curo* „. È vero che talvolta il fallito potrà essere stato tratto in rovina da tali traversie che prudenza umana non avrebbe saputo prevenire nè impedire. Ma conveniva aprire il campo ad una discussione sulle cause del fallimento? Conveniva sui risultamenti, che spesso non sarebbero stati abbastanza sicuri, di tali indagini, esporre il minore a far esso l'esperienza della capacità ad amministrare del suo tutore, quando questa capacità è posta almeno in forse dai fatti? Gli autori del nostro codice non lo hanno creduto; ed hanno perciò compreso anche il fallimento tra le cause di esclusione o di remozione dagli uffici di tutela.

S'intende che come *è la sentenza dichiarante il fallimento che priva dalla sua data, di pieno diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni* (art. 699 cod. comm.), così è la stessa sentenza che fissa colla sua data il giorno da cui comincia ad esistere giuridicamente la causa di esclusione o remozione del tutore. Dal ravvicinamento di questi due punti di diritto parrebbe anzi, a primo aspetto, dover risultare che il fallito, piuttostochè soggetto ad esclusione o remozione, come lo dichiara l'art. 269, n. 4, avesse a considerarsi come *incapace* degli uffici tutelari, a tenore dell'art. 268, n. 2, poichè egli non ha più la *libera amministrazione del proprio patrimonio*. Nè abbiam bisogno d'insistere sulla

importanza che avrebbe la definizione di questo punto, dappoichè osservammo la grave differenza che passa tra l'*incapacità* e l'*indegnità* (1).

Se non che i casi, ai quali si riferisce il n. 2 dell'articolo 268, sono quelli in cui *per presunta incapacità* sia tolta alla persona, alla quale sarebbero deferiti gli uffici della tutela, la libera amministrazione del suo patrimonio (2). Al contrario, se il fallito è privato dell'amministrazione dei suoi beni, non è veramente per proteggere lui, che sia reputato incapace, ma è *nell'interesse dei suoi creditori*, e per conservare a loro garanzia il patrimonio del debitore. Non vi sarebbe dunque ragione sufficiente per applicare al fallito la disposizione dell'art. 268, n. 2, e qualificarlo *incapace agli uffici di tutela*. Egli ne è invece reputato *indegno*, e deve quindi essere *escluso* o *rimosso*, secondo i casi, in virtù della disposizione espressa dell'art. 269, n. 4. Il quale ha fatto così del fallimento di chi sarebbe chiamato ad un qualunque ufficio della tutela una *causa legale d'indegnità;* senz'ammettere alcuna distinzione tra i casi in cui si tratti di puro fallimento, o di bancarotta semplice, o di bancarotta fraudolenta: senza lasciar luogo ad alcuna discussione intorno alle cause che abbiano prodotto il fallimento, ed al doversi esso ascrivere, più o meno, od anche punto, ad incapacità del fallito nell'amministrare.

La *riabilitazione* facendo cessare gli effetti del fallimento, è quindi naturale che dal giorno in cui essa venga conceduta al fallito ordinandosene la cancellazione dall'albo dei falliti, si reputi tolta per tutti gli effetti di diritto anche la causa d'indegnità, che esisteva contro di lui.

134. 4). Sono pure considerate come indegne degli uffici tutorii, e soggette perciò ad esserne escluse o rimosse " le persone di notoria cattiva condotta, e quelle notoria-

(1) V. sopra, n. 123, pag. 527 e seg.
(2) V. sopra, n. 127, pag. 546.

“ mente incapaci di amministrare „ (art. 269, n. 3, codice civile).

Cattiva condotta, incapacità di amministrare, sono espressioni le quali suppongono atti od ommissioni abituali. E versandosi qui in materia odiosa, epperò di stretta interpretazione, non è dubbio quindi che qualche fatto isolato, qualche passeggiero trascorso, qualche atto di mala amministrazione, in mezzo ad una condotta morale e ad un governo dei beni nel resto irreprensibili, non potrebbe bastare per dar motivo all'esclusione od alla remozione. Un autore ha pur fatto notare che nell'apprezzamento della condotta può esservi qualche cosa di relativo alla persona, dovendosi tener conto anche dell'educazione e dello stato di lei, sicchè ciò che si avrebbe da giudicare come mala condotta per chi sia collocato in alta posizione sociale, meriterebbe appena d'essere avvertito per una persona di umile condizione (1).

Per *cattiva condotta* s'intende soltanto, nel senso comunemente accettato, la sregolatezza dei costumi. Gl'interpreti del codice Francese, il cui art. 444 dichiarava escluse dalla tutela e removibili, quando ne fossero in esercizio “ *le persone di notoria cattiva condotta* „, senz'altro aggiungere, erano però quasi concordi nel ritenere che tali parole comprendessero parimente il *disordine negli affari*, sicchè dovesse essere escluso o rimosso anche chi fosse dimostrato dilapidatore del proprio patrimonio (2). Uno scrittore, che avvisa non potersi estendere così la disposizione della legge, nè considerare come compresa nella *notoria cattiva condotta* anche la *mala gestione*, reputa però che questa sia da riguardarsi come contemplata nel successivo n. 2 dello stesso articolo 444, che annovera tra le cause di esclusione o di remozione la *provata incapacità ad amministrare*, senza

(1) V. Magnin, *Traité des minorités*, n. 394.

(2) V. Toullier, t. I, n. 1164; Delvincourt, t. I, pag. 119, n. 6; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, pag. 346; Demolombe, t. VII, n. 484; Aubry et Rau, t. I, § 104, n. 8.

richiederne la *notorietà* (1). Il codice Italiano ha risoluta la questione enunciando del pari tra le cause d'indegnità agli uffici tutorii la *cattiva condotta* e la *incapacità ad amministrare*. Dal che risulta accertato, quanto a noi, non essersi inteso colle parole *cattiva condotta* di accennare ad altro che alla sregolatezza dei costumi, poichè di quanto possa riguardare il mal governo dei beni si è fatta una causa distinta d'indegnità. Ma è notevole nel medesimo tempo che non basterebbe il mal governo degli affari proprii, se non ne risultasse una vera *incapacità ad amministrare*, che è in questo rapporto la causa d'indegnità contemplata dalla legge; sicchè, per esempio, chi pur avendo inconsideratamente dissipato il proprio patrimonio, si fosse però mostrato onesto e prudente amministratore delle sostanze altrui, non potrebbe per una tal causa essere escluso o rimosso dalla tutela.

Sì per la cattiva condotta che per l'incapacità ad amministrare è richiesto, come condizione comune, ch'esse siano *notorie*, cioè conosciute pubblicamente. La quale condizione, per quanto riguarda la *cattiva condotta* della persona chiamata ad un ufficio tutelare, ha per motivo manifesto di evitare che sotto il pretesto di provare la indegnità a tali uffici si possano attivare indagini odiose intorno ai segreti della vita privata; e in ordine all'*incapacità d'amministrare* si giustifica sotto un altro aspetto, perchè sarebbe troppo pericoloso l'ammettere che una simile incapacità potesse argomentarsi da fatti isolati, e d'altra parte se trattisi veramente di abituale mal governo dei beni, non può mancarne la notorietà.

Si è dubitato se questa condizione importi la necessità che la cattiva condotta o l'incapacità ad amministrare risulti da *atti pubblici*, quali sarebbero sentenze di condanne penali, di separazione di convivenza tra coniugi per cause colpevoli da parte di chi sarebbe poi chiamato ad

(1) V. Laurent, t. IV, n. 523.

uffici di tutela, di separazione della dote dai beni del marito per disordine negli affari di quest'ultimo, oppure la notorietà della cattiva condotta o della incapacità di amministrare possa anche provarsi per testimoni. Questa seconda opinione è più comunemente ricevuta (1), nè infatti sembra negabile in massima l'ammissibilità della prova anche testimoniale per far constare, in caso di contestazione, la notorietà della cattiva condotta o dell'incapacità ad amministrare da parte di chi sarebbe chiamato ad un ufficio tutelare. Ma par giusta l'osservazione fatta da qualche altro autore: che " il consiglio di famiglia non possa pronunciare l'esclusione o la remozione sul fondamento di " fatti non pubblici, e dei quali non avesse acquistata la " convinzione che in seguito ad indagini da esso praticate; " e che solo quando la persona esclusa o rimossa, impugnando la deliberazione del consiglio di famiglia, attaccasse la verità dei fatti o la loro notorietà, potesse il " tribunale ordinare la prova per testimoni al fine di verificare questi punti di contestazione „ (2). Finchè, infatti, la domanda di esclusione o di remozione non sia proposta che dinanzi al consiglio di famiglia, senza le garanzie d'un procedimento giudiziale, sarebbe pericoloso e contrario ai motivi che fecero richiedere dalla legge la condizione di notorietà, l'ammettere che il consiglio medesimo potesse addentrarsi in un procedimento istruttorio per accertare l'esistenza della causa di esclusione o remozione proposta. Ciò condurrebbe troppo facilmente a quelle indagini sui più intimi segreti della vita privata, che la legge ebbe in mira di evitare. Il consiglio di famiglia deve dunque attenersi rigorosamente ai termini della legge, e non pronunciare l'esclusione o la remozione, se non quando sia convinto, indipendentemente da qualunque processo d'istruzione, che la cattiva condotta o l'incapacità ad ammini-

(1) V. Marcadé, art. 444, t. II, n. 238; Demolombe, t. VII, n. 486; Laurent, t. IV, n. 523; Pacifici Mazzoni, *Ist.*, t. I, n. 591.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 104, nota 7.

strare di chi sarebbe chiamato ad un ufficio tutelare sia notoria. Ma qualora la deliberazione presa dal consiglio, qualunque essa sia, venga impugnata davanti al tribunale, comincia allora un vero procedimento giudiziale, in cui le contestazioni che insorgano devono necessariamente essere risolte in base della verificazione, da compiersi con tutti i mezzi ordinariamente permessi dalla legge, di quei fatti che siano controversi. Anche la *notoria cattiva condotta* o la *notoria incapacità ad amministrare* potrà dunque davanti al tribunale essere provata, occorrendo, per mezzo di testimoni; coll'avvertenza, però, che l'autorità giudiziaria dovrebbe respingere la domanda della prova, qualora i fatti, che venissero dedotti per essere dimostrati con tal mezzo, non avessero ad oggetto la notorietà della cattiva condotta o della incapacità ad amministrare, ma tendessero ad indagini su circostanze particolari e non pubbliche (1).

135. 5). La nostra legge colpisce da ultimo colla esclusione e colla remozione le persone " di provata infe- " deltà o trascuratezza, o colpevoli di abuso di autorità " nell'esercizio della tutela „ (d.° art. 269, n. 3, cod. civ.).

Il codice Francese (art. 444, n. 2), dichiarava esclusi dalla tutela e removibili " coloro la cui amministrazione " provasse la loro incapacità od infedeltà „, ed espressioni simili erano usate nel codice pel regno delle Due Sicilie (art. 367, n. 2), nel Parmense (art. 263, § 2), nell'Albertino (art. 304, n. 2), nell'Estense (art. 296, § 2). La legge Toscana del 15 novembre 1814 guardava con assai maggior rigore l'interesse dei tutelati, ordinando l'immediata remozione di quei tutori o curatori " nei quali cadesse un fon- " dato sospetto d'aver male amministrato il patrimonio " dei loro sottoposti, o per malizia, o per ignoranza o negli- " genza, d'aver trascurato la buona educazione di essi, e

(1) V. Ricci, vol. I, n. 402, pag. 515.

“ più ancora d'aver secondate le viziose inclinazioni dei “ medesimi „ (art. 66).

Nondimeno anche gli interpreti del codice Francese ammettevano che sebbene la legge avesse parlato soltanto di *amministrazione*, nella quale il tutore avesse dimostrata incapacità od infedeltà, ciò però non dovesse intendersi riferibile esclusivamente al governo dei beni, ma eziandio della persona del minore, sicchè potesse essere rimosso anche il tutore che avesse mostrato di non saper dirigere e sorvegliare l'educazione del minore stesso, o avesse trasgrediti verso di lui i doveri di onore e di convenienza (1). Ritenevano ancora generalmente non necessario che la incapacità od infedeltà si fosse verificata nella tutela stessa da cui si trattasse di rimuovere, ma bastare che si fosse riscontrata in qualunque amministrazione dei beni altrui; e quanto alla incapacità doversi anzi considerare anche quella di cui il tutore avesse dato prova nella stessa amministrazione dei beni proprii (2). Qualche autore però sosteneva che la *infedeltà* non potesse far luogo a remozione od esclusione se non quando si fosse verificata nella stessa tutela od in una precedente, non quando il tutore se ne fosse reso colpevole in un'altra amministrazione qualunque dei beni altrui; e pensava poi potersi ritenere lo stesso anche quanto alla *incapacità*, poichè la legge trattava di questa e della infedeltà in una sola e medesima frase nel n. 1 dell'art. 444 (3). Tali questioni sono tolte, od almeno semplificate assai nella disposizione del nostro art. 269, n. 3. Vi si parla infatti delle persone *di provata infedeltà o trascuratezza, o colpevoli di abuso di autorità nell'esercizio della tutela*. E se la *infedeltà* riguarda evidentemente la sola amministrazione dei beni, *l'abuso di autorità* si riferisce invece esclusivamente alla persona del tutelato; e la *trascuratezza* può riferirsi tanto al governo della persona che a quello

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 490; Laurent, t. IV, n. 526.
(2) V. Marcadé, t. II, art. 444, n. 238; Demolombe, t. VII, n. 491.
(3) V. Laurent, t. IV, n. 524, 525.

dei beni. Così non può più esser dubbio, secondo la nostra legge, che alla remozione od alla esclusione da una tutela può far luogo la mala prova che la persona chiamata ad un ufficio tutelare abbia fatta in quella stessa od in altra tutela, sia relativamente alla cura della persona tutelata, sia relativamente all'amministrazione dei beni di lei. Che non sia necessario essersi verificata la infedeltà, la trascuratezza, o l'abuso di autorità *nella stessa tutela*, è evidentissimo pel testo medesimo della legge, poichè il primo paragrafo dell'art. 269 stabilisce farsi luogo per quelle cause tanto alla *esclusione* quanto alla *remozione;* la prima delle quali suppone necessariamente che l'infedeltà, la trascuratezza, o l'abuso di autorità sia avvenuto in altra tutela. Chi nella tutela stessa avesse commesso infedeltà, trascuratezze, abusi di autorità, dovrebb'esserne *rimosso;* chi in una tutela anteriore fosse incorso in tali colpe, sarebbe *escluso* dalla nuova tutela a cui fosse chiamato; chi essendo stato investito di due distinte tutele, qualunque fosse quella che avesse assunto prima o dopo, avesse in una di esse commesso mancanze simili, tanto se queste fossero avvenute durante l'esercizio dell'altra tutela, quanto se verificatesi anteriormente fossero state scoperte solo in questo tempo, dovrebb'essere *rimosso* anche dalla tutela relativamente a cui non gli si potesse fare alcun rimprovero. Tale è l'applicazione naturale della disposizione del nostro art. 269, n. 3; giustificata d'altronde dallo scopo propostosi dal legislatore di prevenire i pericoli a cui rimarrebbe esposto l'interesse del minore qualora se ne lasciasse affidata la cura della persona e l'amministrazione dei beni a chi avesse dato così mal saggio di sè, fosse pure in una tutela diversa. Ma la infedeltà o la trascuratezza, di cui la persona chiamata ad un ufficio tutorio si fosse resa colpevole in un'amministrazione di beni altrui, che però non fosse di tutela, non potrebbe dar luogo ad esclusione nè a remozione dall'ufficio tutelare predetto. Questa massima, che sarebbe contraria all'opinione generalmente

adottata dagli interpreti del codice Francese, sembra certa invece secondo il testo della nostra legge; poichè essa considera la *provata infedeltà o trascuratezza*, non meno dello *abuso di autorità*, quali cause di esclusione o remozione dagli uffici tutelari, solamente quando esse siansi verificate *nell'esercizio della tutela;* nè si può d'altra parte dimenticare che si è qui in materia di rigore, nella quale non è lecito estendersi oltre la disposizione espressa della legge. Nè questa manca poi di giustificazione; imperocchè la violazione dei doveri imposti dalla legge in un'altra tutela dà ragionevole motivo di temere trasgressioni simili nell'esercizio di quell'ufficio tutorio in cui pure non siasi ancora verificato alcun mancamento; mentre la infedeltà e la trascuratezza, commesse in un'altra amministrazione non tutoria, non somministrerebbero uguali ragioni di sospetto relativamente ad una gestione tutelare circondata da tante guarentigie e cautele legali.

Non intendiamo con ciò di negare che le malversazioni o le colpe commesse in una qualunque amministrazione altrui, od anche il cattivo governo degli stessi beni proprii della persona chiamata ad un ufficio tutelare possano mai essere causa di escluderla o rimuoverla da tale ufficio. Al contrario, il testo del medesimo articolo 269, n. 3, ammette chiaramente quella possibilità, quando annovera tra le cause di esclusione o remozione anche la *incapacità di amministrare*. Solamente tale incapacità dovendo, per espressa dichiarazione della legge, essere *notoria*, bisognerebbe che le mancanze commesse nell'amministrazione dei beni altrui o dei proprii fossero così molteplici e continuate da avere dato fondamento ad un giudizio pubblico di vera incapacità di quella persona nell'amministrare; mentre trattandosi di mancamenti commessi *nell'esercizio d'altra tutela*, potrebbero bastare fatti isolati d'infedeltà, di trascuratezza o di abuso di autorità, potrebbe bastare anche un solo di tali fatti, quando fosse grave, per dar luogo alla esclusione od alla remozione. Quest'ultima osservazione ci porge

opportunità di notare una specialità nella causa di esclusione o remozione di cui ora parliamo. Vedemmo che quando si tratti di cattiva condotta o d'incapacità ad amministrare da parte della persona chiamata ad un ufficio tutorio, o già investita di esso, è vietato al consiglio di famiglia, a cui sia proposta la domanda di esclusione o remozione, di fare indagini sui fatti particolari da cui la mala condotta o la incapacità di amministrare potesse desumersi; e la stessa autorità giudiziaria, davanti alla quale fosse portato il richiamo contro la deliberazione del consiglio, non potrebbe ammettere prove ad altro scopo che di accertare *la notorietà* di quella cattiva condotta o di quella incapacità. All'opposto, se la domanda di esclusione o di remozione si fondi sulla infedeltà o trascuratezza o sull'abuso di autorità nell'esercizio d'una tutela, non vi è ostacolo a potere il consiglio stesso di famiglia procedere a quella istruttoria che reputi necessaria per accertare l'esistenza o no dei fatti allegati. Non vi è più l'inconveniente, che si volle evitare nell'altro caso, di autorizzare indagini per le quali si vada a scrutare nei segreti più intimi della vita privata, dappoichè si tratta di fatti relativi all'esercizio d'una tutela, sulla quale il consiglio di famiglia ha anzi permissione di esercitare continua sorveglianza e praticare tutte quelle indagini che possano guarentire pienamente gl'interessi della persona soggetta a tutela; e si tratta d'altronde, non già di riferirsi ad una notorietà pubblica sulla condotta e sulla incapacità della persona, ma di accertare fatti particolari, alla cui constatazione occorrono prove positive.

Chè anzi non importerebbe neppure se dalla tutela, nella quale si fosse manifestata l'infedeltà, la negligenza, l'abuso di autorità, non fosse stato rimosso il tutore colpevole. Quei fatti potrebbero tuttavia essere ricercati e provati, allo scopo di escludere quella persona dall'altra tutela a cui sarebbe chiamata, o di rimuovernela qualora l'avesse assunta.

136. Le domande per esclusione o remozione dagli uffici tutelari *devono essere proposte dinanzi al consiglio di famiglia* (art. 271, § 1, cod. civ.). L'autorità giudiziaria sarebbe dunque incompetente a pronunciare sovra simili domande, se non in via di richiamo portato davanti ad essa contro una deliberazione che fosse prima stata presa dal consiglio di famiglia o di tutela. In una vertenza tanto delicata, e nella quale è gravemente impegnato l'onore della persona che si tratterebbe di escludere o di rimuovere, la legge ha giustamente preferito di affidarne prima di tutto la risoluzione all'autorità famigliare del consiglio, e di non sollevarla alla solennità ed alla pubblicità d'una controversia giudiziale, se non quando ciò si renda necessario per un ricorso che sia interposto contro quella deliberazione consigliare.

Sulle traccie del codice Francese (art. 446) alcuni dei codici italiani anteriori all'attuale determinavano espressamente le persone alle quali era concessa facoltà di richiedere la convocazione del consiglio di famiglia per pronunciare sulla esclusione o remozione del tutore (codice pel regno delle Due Sicilie, art. 369; cod. Alb., art. 307); altri lasciavano a chiunque la facoltà di far rimuovere il tutore o come sospetto o come inetto ad amministrare (art. 264 codice Parm.; 297 cod. Est.; 66 della legge Toscana 15 novembre 1814). Nel codice Italiano fu indicata l'autorità davanti alla quale le domande di esclusione o di remozione devono essere proposte, senza esprimere chi possa presentarle. Nè ciò era necessario, poichè dovendo deliberare su tali domande il consiglio di famiglia, era troppo chiaro che il promuoverle spettasse a quelle persone che hanno diritto di richiedere la convocazione del consiglio. È dunque dalla disposizione dell'art. 257 codice civile, che risultano implicitamente determinate le persone aventi qualità per promuovere l'esclusione o la remozione di taluno da un ufficio tutelare; e il pretore stesso può a tal uopo convocare d'ufficio il consiglio; e la

convocazione può anche essere ordinata dal Procuratore del re. Intorno a ciò non abbiamo che a riferirci a quanto già dimostrammo commentando il predetto articolo (1).

" Quando si tratti di escludere o rimuovere il tutore o " protutore, il consiglio di famiglia non potrà deliberare, " se non sentiti o debitamente citati i medesimi „ (art. 271, § 3, cod. civ.). Non occorrono parole per dimostrare il fondamento di questa disposizione; essendo troppo evidente che non si avesse a far luogo a risolvere una domanda, nella quale è gravemente interessato l'onore della persona contro cui è proposta, senza che alla persona medesima fosse dato modo di potersi difendere. Ed è chiaro altrettanto che se ciò non fosse adempito, e il consiglio avesse pronunziata la esclusione o remozione del tutore o del protutore senza che essi nè avessero presentate personalmente o in iscritto le proprie difese, nè fossero stati chiamati a farlo con atto di citazione regolarmente intimato, la deliberazione presa dal consiglio sarebbe nulla.

Piuttosto potrebbesi dubitare se la stessa regola non avesse ad applicarsi anche ai casi in cui la domanda di esclusione o remozione fosse promossa contro un curatore o un semplice consulente. Che questi casi rimangano esclusi dal testo, è evidente. L'art. 271 comincia dallo stabilire che debbano proporsi davanti al consiglio di famiglia " le do- " mande a cui possono dar luogo *le disposizioni dei due* " *precedenti articoli* „, e l'art. 269 tratta dell'esclusione o della rimozione *dai medesimi uffici* di cui è parlato nell'articolo 268, cioè da quelli di *tutore*, *protutore*, *curatore* e *consulente*. Ora, quando nell'ultimo paragrafo del predetto art. 271 si richiede che siano sentiti o debitamente citati *il tutore o il protutore*, dal consiglio di famiglia dinanzi a cui ne sia promossa l'esclusione o la remozione, par chiaro che ciò implichi non essersi ritenuta una simile necessità allorchè si tratti di escludere o rimuovere dagli altri uffici

(1) V. sopra, n. 64, pag. 231-239.

tutelari, cioè da quelli di curatore o di consulente. Questa differenza, che risulterebbe dal testo, tra i varii uffici tutelari, non sembra però facilmente giustificabile. Si è forse reputato sconveniente che uno dei componenti il consiglio di famiglia comparisca a difendersi davanti a coloro che gli sono colleghi in tale ufficio? Ma anche il tutore e il protutore, come il curatore del minore emancipato, fanno parte di quel consiglio (art. 251, § 2, cod. civile), e l'inconveniente notato sarebbe dunque uguale per essi tutti. Si è considerata la minor importanza degli altri uffici tutelari in confronto di quelli del tutore e del protutore? Ma ciò è affatto estraneo ai motivi pei quali fu vietato di prendere a carico di funzionari della tutela una deliberazione che infligge loro un'onta personale, senza che siano prima ammessi a proporre le loro difese. Si è pensato che queste potranno poi essere presentate davanti all'autorità giudiziaria in seguito al richiamo di cui la legge concede la facoltà? Ma codesta riflessione sarebbe parimente applicabile anche pel tutore e pel protutore; nè d'altronde è cosa indifferente pei funzionari della tutela, quali che siano, contro cui venga promossa l'esclusione o la remozione, il potere o no evitare, presentando le proprie difese, che il consiglio di famiglia pronunci contro di loro una deliberazione disonorante, non ostante che resti ancora aperta la via al richiamo davanti l'autorità giudiziaria. Si è creduto, in fine, che a potersi difendere i consulenti sia provveduto abbastanza, perchè essi debbono necessariamente esser chiamati alla convocazione in cui il consiglio abbia a pronunciarsi sulla loro esclusione o remozione? Ma questa considerazione sarebbe, in ogni caso, comune al tutore, al protutore e al curatore, poichè anche a quest'ultimo essa dovrebbe estendersi secondo l'art. 258 combinato col 251; oltre di che trattandosi d'una deliberazione alla quale non possono prender parte (art. 259, § 1, cod. civile), si potrebbe anche non chiamarli ad assistervi, quando non fosse per sentire le loro difese. In conclusione confessiamo,

quanto a noi, di non esser giunti a scoprire un motivo sufficiente pel quale il tutore o il protutore, e non il curatore od il semplice consulente, debba essere sentito o debitamente citato davanti il consiglio di famiglia, quando si tratti di escludere o rimuovere qualcuno di quei funzionari. Con tutto ciò, di fronte al testo della legge, non reputiamo possibile estenderlo anche al curatore od ai consulenti, che non vi sono contemplati; poichè una tale interpretazione estensiva trarrebbe seco la nullità della deliberazione che il consiglio di famiglia avesse pronunciata senz'aver sentiti e senza che fossero citati il curatore e i consulenti predetti, e a ciò si opporrebbe il principio che le nullità non possano essere supplite laddove non le stabilisca testualmente o virtualmente la legge.

Dicendosi che il tutore o il protutore da escludersi o da rimuoversi *debbano essere sentiti o debitamente citati*, s'intende essere indifferente che siano stati citati, o no, qualora di fatto abbiano presentate al consiglio, o personalmente od in iscritto, le proprie difese; e che all'opposto è indispensabile la citazione, intimata nelle forme regolari ordinarie, affinchè il consiglio possa procedere a deliberare sulla esclusione o remozione non ostante che il tutore o il protutore, a cui la deliberazione riguardi, non abbia proposte le sue difese.

A chi abbia promossa l'esclusione o la remozione del tutore o del protutore appartiene naturalmente il curare che gli sia intimata la citazione; la quale però potrebbe anche essere ordinata d'ufficio dal pretore, quale presidente del consiglio di famiglia.

La legge non avendo stabilita alcuna norma speciale per quanto riguarda l'istruzione della domanda di esclusione o remozione, rimane quindi in facoltà del consiglio di famiglia l'ordinare quei mezzi che reputi più opportuni a base della deliberazione che è chiamato a pronunciare. Cio s'intende però sotto le limitazioni già sopra accennate, per quanto concerne quelle cause di esclusione o remozione delle quali la legge richiede la *notorietà*.

Nel codice Francese (art. 447), in quello pel regno delle Due Sicilie (art. 370) e nell'Albertino (art. 308), era detto espressamente che nella deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia pronunciasse l'esclusione o la remozione del tutore, *dovessero esserne enunciati i motivi*. Questa disposizione non fu riprodotta nell'ultimo paragrafo dell'articolo 271 del nostro codice. Nondimeno non crediamo possibile porre in dubbio la necessità d'esprimere nella deliberazione *la causa* per la quale si escluda o si rimuova una persona da qualche ufficio tutelare. La determinazione di tali cause è opera esclusivamente della legge, le cui disposizioni in proposito sono tassative. Se il consiglio escludesse o rimuovesse il tutore, il protutore, il curatore o il consulente, senz'appoggiare esplicitamente questo suo atto a qualcuna delle cause predette, commetterebbe un arbitrio, che renderebbe inevitabilmente nulla, per mancanza di potere, la sua deliberazione. Nè varrebbe a salvare questa dalla nullità l'esistere in fatto una delle cause legali di esclusione o remozione; poichè nè su tal causa sarebbesi pronunciato il consiglio, nè sarebbe accertato ch'esso non avesse invece dichiarata la remozione sul fondamento d'una causa diversa, che non fosse tra quelle stabilite tassativamente dalla legge. Purchè però sia enunciata la causa per la quale il consiglio esclude o rimuove uno dei funzionari della tutela, non è indispensabile, del resto, una più ampia motivazione, che ponga in chiaro gli elementi della convinzione formatasi dal consiglio e sulla cui base esso ha pronunciata la sua deliberazione.

Secondo l'opinione d'un illustre commentatore del nostro codice, la deliberazione con cui il consiglio di famiglia *ad unanimità di voti* pronunciasse la esclusione o remozione d'un funzionario della tutela *avrebbe carattere di sentenza di primo grado* (1). Ma un tale concetto ci sembra inaccettabile, e lo notiamo perchè dall'ammetterlo o dal respin-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 271, vol. I, § 597, pag. 949.

gerlo possono derivare conseguenze importanti; ed una gravissima ne deduce infatti il lodato autore, sostenendo che il *richiamo*, che l'art. 271, § 1, permette farsi davanti al tribunale, “ *è un appello nella sostanza*, sebbene — egli “ dice — non si sia usata la voce *appello*, perchè la deli- “ berazione di un consiglio di famiglia *non è un atto della* “ *giurisdizione universale* „. Conseguentemente lo stesso scrittore ritiene che “ la pronunciazione del tribunale, “ conforme o disforme da quella del consiglio di famiglia, “ *costituisca la seconda sentenza e formi cosa giudicata, salvo* “ *il ricorso in cassazione* „.

Non vediamo però in qual parte della nostra legislazione possa trovarsi fondamento a questo carattere di sentenza, che si vorrebbe attribuire ad una deliberazione del consiglio di famiglia. Certo è, anzi, che l'art. 815 del codice di procedura civile suppone manifestamente il contrario; poichè parlando delle deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione, ed ammettendo che possano impugnarsi davanti il tribunale dai membri della minoranza del consiglio stesso, dichiara poi espressamente nell'ultimo paragrafo che *dalla sentenza del tribunale si può appellare.* A questa obbiezione, prevista dall'autore citato, risponde egli in nota “ che quella legge concerne una deliberazione “ del consiglio *impugnabile perchè pronunciata a voti diversi* „. E ciò è vero; ma a che può conchiudere? Se una deliberazione unanime del consiglio di famiglia *avesse carattere di sentenza*, perchè non l'avrebbe quella che fosse proferita a maggioranza assoluta di voti? Forsechè il carattere giuridico d'un atto, emanato da un corpo deliberante, è mutabile secondo il numero maggiore o minore dei voti che lo pongano giuridicamente in essere? Nè d'altra parte apparisce agli occhi nostri alcuna ragione sufficiente per considerare come una sentenza la deliberazione colla quale il consiglio di famiglia determini la esclusione o la remozione d'un funzionario della tutela. È vero che la esclusione o la remozione può essere promossa con una domanda

formale da qualcuna delle persone indicate nell'art. 257; ma può anche essere pronunziata per iniziativa propria dal consiglio, o questo può essere all'uopo convocato d'ufficio dal pretore. Non vi è dunque un contraddittore necessario, come dev'essere nei veri giudizi. Quand'anche, poi, taluno siasi fatto promotore della esclusione o della remozione, non per questo egli assume le parti di *attore;* tanto che potrebbe astenersi dal sostenere la propria mozione davanti al consiglio, il quale tuttavia dovrebbe pronunciarsi deliberando, o no, la esclusione o la remozione; nè quand'anche questa fosse respinta potrebbe mai chi l'avesse promossa subire, per parte del consiglio, alcuna condanna. A sua volta il funzionario, che si tratterebbe di escludere o rimuovere, neppur sostiene veramente le parti di convenuto, sicchè basta soltanto che il consiglio non deliberi senz'averlo sentito. Il consiglio stesso non è vincolato nella istruzione dell'affare da alcuna norma legale di procedimento, da alcuna di quelle forme che costituiscono le guarentigie essenziali dei veri giudizi. Dove son dunque gli estremi d'un giudizio, dove il fondamento per caratterizzare come sentenza la deliberazione che il consiglio pronunci? Non è un giudicato ma un semplice atto di autorità ch'esso emana, dipendentemente da una attribuzione speciale di cui la legge lo investe. Quest'atto di autorità è impugnabile da chi vi ha interesse, mediante un *richiamo davanti il tribunale.* Ed è soltanto da questo richiamo che prende le mosse una vera contestazione giudiziale, con tutti i suoi caratteri e colle forme che ne sono proprie.

137. Contro la deliberazione del consiglio di famiglia sulla proposta di escludere o rimuovere taluno dei funzionari della tutela, è riservato dall'art. 271, § 1, come ricordammo in fine del numero precedente, *il diritto di richiamo davanti il tribunale.*

Alcuni dei codici italiani anteriori avevano tolto dal francese un sistema differente. La esclusione o la remo-

zione del tutore, se questi aderiva espressamente o tacitamente alla deliberazione del consiglio che l'aveva pronunciata, diventava tosto definitiva, e lasciava luogo al nuovo tutore di assumere immediatamente le sue funzioni. In caso di reclamo, od almeno in mancanza di adesione da parte dell'escluso o rimosso, il tutore surrogato dovea promuovere l'omologazione della deliberazione del consiglio davanti il tribunale; e lo stesso escluso o rimosso poteva direttamente chiamare in giudizio il *surrogato tutore* per ottenere la dichiarazione di essere mantenuto nella tutela (art. 448 cod. Franc.; 371 cod. pel regno delle Due Sicilie; 309 cod. Alb.). Così dall'accettazione espressa o tacita della persona a cui riguardava, l'atto di esclusione o remozione traeva una esecutorietà che non aveva per sè stesso, e che in mancanza di tale accettazione acquistava soltanto per virtù della omologazione emanata dal tribunale. Questa omologazione completava quindi in qualche modo la deliberazione del consiglio, e formava un tutt'uno con essa, rendendola esecutoria. Non era caso pertanto di impugnare la deliberazione del consiglio per via di richiamo, sibbene opponendosi all'omologazione; ma la sentenza del tribunale, che la pronunciasse, rimaneva poi soggetta ad appellazione.

All'opposto, secondo il codice nostro attuale, la deliberazione del consiglio, che escluda o rimuova un funzionario della tutela, non è tra quelle che per legge abbisognano d'essere omologate dal tribunale; ed ha quindi in sè stessa la forza giuridica necessaria per la immediata sua esecuzione (1). È conseguente che per impugnare una simile deliberazione non si possa procedere in altro modo che in quello ammesso appunto nell'art. 271, § 1, cioè di un *richiamo* da portarsi davanti il tribunale; e che poi il giudizio su questo richiamo non possa considerarsi se non come il primo grado della giurisdizione contenziosa. Di

(1) V. sopra, n. 75, pag. 283 e seg.

queste osservazioni ci varremo più innanzi per risolvere alcune questioni che si presentano nella materia di cui ora trattiamo.

Intanto però abbiamo un altro dubbio da sciogliere. Possiamo ritenere nel diritto nostro, com'era ammesso espressamente nei codici sopra citati, che l'adesione espressa o tacita di colui che fu dichiarato escluso o rimosso basti ad impedirgli di reclamare al tribunale contro la deliberazione del consiglio ch'egli abbia accettata? L'opinione affermativa è generalmente adottata dai commentatori del codice Italiano (1); eppure dubitiamo del suo fondamento. Se in quei codici erasi ritenuta necessaria una dichiarazione legislativa espressa per rendere definitiva la esclusione o la remozione del tutore, che avesse aderito alla deliberazione presa in proposito dal consiglio, e precludere all'accettante l'adito per qualunque reclamo ulteriore, era perchè una tal massima non sarebbe derivata dall'applicazione pura e semplice dei principii generali di diritto, ma trovavasi d'altra parte consentanea al sistema speciale stabilito da quelle legislazioni in ordine alla esclusione ed alla remozione dalla tutela. Ammesso, infatti, che la deliberazione del consiglio non fosse per sè esecutoria, ma dovesse essere omologata dal tribunale, e che il mezzo d'impugnarla non consistesse in un reclamo formale, ma nell'opporsi alla omologazione, era abbastanza ragionevole il ritenere come equivalente a tale omologazione il riconoscersi dalla stessa persona esclusa o rimossa la giustizia della deliberazione pronunciata contro di lei, e, ciò posto, come chiusa ogni via d'impugnazione. Nel nostro codice fu seguìto un tutt'altro ordine d'idee; la deliberazione del consiglio, che esclude o rimuove un funzionario della tutela, non è più soggetta ad omologazione, è esecutoria per sè stessa, e il mezzo d'impugnarla non consiste più che nel reclamo al

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, t. I, n. 593; Borsari, *Comm.*, art. 271, vol. I, § 597, pag. 948; Ricci, vol. I, n. 403, pag. 516.

tribunale. La legge ammette questo reclamo assolutamente, senza distinzione di casi; nè dichiara ch'esso diventi inammissibile perchè la persona esclusa o rimossa abbia accettata la deliberazione del consiglio. Nel silenzio della legge, la questione non può dunque essere risolta che coll'applicazione dei principii generali di diritto. Pei quali è certo che la rinunzia fatta espressamente o tacitamente da una persona ad una propria facoltà non può nuocere ad altri, ai quali appartenga distintamente una facoltà uguale; ed è indubitabile parimente che la stessa rinunzia fatta da una persona ad un proprio diritto non può essere efficace neppure per lei qualora codesto diritto si attenga all'ordine pubblico. Ora la facoltà di richiamo al tribunale contro la deliberazione del consiglio di famiglia, che abbia pronunciata la esclusione o la remozione da un ufficio tutelare, non appartiene esclusivamente alla persona esclusa o rimossa, ma, come dimostreremo, può spettare anche ad altri, e specialmente al *pubblico ministero*. Di questi almeno non potrebbe dunque essere impedito il richiamo perchè la persona esclusa o rimossa avesse accettata la deliberazione del consiglio. D'altronde non può dubitarsi che tutto quanto riguardi la tutela, e quindi anche l'escludersi o rimuoversi, o no, uno dei funzionari di essa, sia *d'ordine pubblico*. Sotto questo aspetto la rinunzia al diritto di richiamo non parrebbe dunque opponibile alla persona medesima che l'avesse emessa.

Osservammo sopra incidentemente come il testo dell'art. 271 stabilisca il diritto di richiamo davanti il tribunale contro la deliberazione del consiglio, che abbia pronunciato sulla proposta di esclusione o remozione d'un funzionario tutelare, in un modo assoluto e senza ammettere alcuna distinzione di casi. Ciò però richiede qualche più ampia considerazione.

Già notammo non essere necessario che la esclusione o remozione sia promossa con domanda formale d'una delle persone che ne hanno facoltà secondo la legge, e potere

il consiglio di famiglia deliberare su ciò anche d'ufficio. Nell'un caso, non meno che nell'altro, rimane aperto l'adito al richiamo davanti al tribunale. Ciò è conforme alla generalità del testo; ed è anche razionale, imperocchè l'avere il consiglio agito d'ufficio, anzichè sopra domanda altrui, non può essere motivo di rendere irreparabile pel tutore, protutore, curatore o consulente il torto che sia stato fatto al suo onore colla deliberazione consigliare che lo abbia ingiustamente escluso o rimosso.

Qualora l'esclusione o la remozione sia stata provocata con domanda formale di alcuno di coloro che hanno qualità per farlo, può aver luogo il richiamo davanti il tribunale sì contro la deliberazione del consiglio con cui sia stata ammessa, che contro quella che abbia respinta la domanda predetta. E ciò pure, oltre che dalla generalità delle espressioni usate nel primo paragrafo dell'art. 271, è giustificato dalla ragione; poichè, se è giusto che il funzionario della tutela possa provvedere al proprio onore impugnando la deliberazione che l'abbia escluso o rimosso, non lo è meno che chi abbia provocata la esclusione o la remozione, vedendo reietta la propria mozione, possa nell'interesse del tutelato portarla dinanzi all'autorità giudiziaria mediante richiamo rivolto al tribunale.

È indifferente ancora che la deliberazione del consiglio di famiglia sia stata pronunciata ad unanimità, o solo a maggioranza assoluta di voti. Il distinguere tra l'un caso e l'altro sarebbe pure contrario alla disposizione generale della legge. Per ciò dicemmo in altro luogo che alla deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia abbia escluso o rimosso un funzionario della tutela, non sarebbe applicabile veramente la disposizione dell'art. 260, riguardante la impugnabilità nel merito, di quelle deliberazioni che il consiglio non abbia prese ad unanimità, ma è applicabile invece ed unicamente l'altro articolo 271 (1).

(1) V. sopra, n. 84, pag. 336, n. 85, pag. 345.

Col che però non abbiamo inteso di negare che anche in ordine alla impugnazione delle deliberazioni specialmente contemplate nell'art. 271 si possa per qualche rapporto ricorrere per analogia alla precedente disposizione dell'art. 260. Vedremo anzi ora, parlando delle persone da cui e contro cui possa essere presentato il richiamo al tribunale, che l'indicato argomento di analogia risolve qualche difficoltà.

L'art. 271, § 2, dichiara che " tale richiamo *potrà anche farsi dal pubblico ministero* „ senza avere premessa una disposizione che determini a quali altre persone principalmente il diritto di richiamo appartenga. Non rimane dunque altro mezzo, per sciogliere il dubbio, che di ricorrere ai principii generali. Fondandoci su ciò, pensiamo doversi distinguere tra i casi in cui sia stata accolta o sia stata respinta la domanda di esclusione o remozione. Ma avvertiamo prima esservi persone, le quali sì nell'una che nell'altra ipotesi possono reclamare contro la deliberazione del consiglio. In tale condizione è posto indubbiamente dalla legge il pubblico ministero, come lo prova la stessa generale espressione dell'art. 271, § 2. Ciò d'altronde è facilmente giustificabile, per l'interesse del minore; il quale potrebbe essere pregiudicato dal mantenere in ufficio un funzionario della tutela, che a norma di legge dovesse essere escluso o rimosso, non meno che dalla ingiusta esclusione o remozione d'un altro. Similmente crediamo che in qualunque senso sia stata pronunciata la deliberazione, *che il consiglio di famiglia abbia presa a sola maggioranza assoluta di voti*, abbiano facoltà di reclamare coloro che nella votazione siano rimasti in minoranza. È vero che alle deliberazioni riguardanti la esclusione o la remozione d'un funzionario della tutela non è propriamente applicabile l'art. 260 del codice civile, nè conseguentemente l'art. 815 del codice di procedura civile, che forma complemento di quello. Ma, come notammo superiormente, non è vietato perciò che dal predetto articolo 260 possano

trarsi argomenti di analogia per definire quei punti che nella particolare disposizione dell'art. 271 non si trovano risolti; il che è conforme alla massima che " qualora una " controversia non si possa decidere con una precisa " disposizione di legge, debba aversi riguardo alle disposi- " zioni che regolano casi simili o materie analoghe " (art. 3 dispos. prelim.). Ora il testo dell'art. 271, dichiarando che il richiamo possa farsi *anche dal pubblico ministero*, viene ad ammettere evidentemente che il diritto di tale richiamo spetti pure ad altre persone: ma non offre poi mezzi per determinare precisamente quali esse siano. Nulla dunque di più naturale e più conforme ai principii, che ammettere potersi reclamare contro la deliberazione della maggioranza anche da coloro che abbiano fatto parte della minoranza dissenziente. D'altronde, i motivi che consigliarono a stabilire questa massima negli articoli 260 del codice civile e 815 del codice di procedura civile sussistono identicamente nel caso dell'art. 271 cod. civ. Coloro che dissentirono dalla deliberazione della maggioranza, sia nell'accogliere, sia nel respingere la domanda di esclusione o remozione d'un funzionario della tutela, hanno un interesse morale a propugnare e far prevalere davanti all'autorità giudiziaria il proprio voto; e vi è tutta la ragione di considerar questo come un interesse giuridico sufficiente per dar fondamento all'azione esercitata da codeste persone, poichè intentandola esse non fanno altro che provvedere, nell'intento loro, all'interesse del minore, impugnando una deliberazione, che, se ingiusta, potrebbe nuocergli gravemente, sia mantenendolo soggetto alla tutela di persona indegna, sia privandolo della protezione d'una persona che non meritasse d'essere esclusa o rimossa.

Qualora la domanda di esclusione o remozione sia stata respinta, potrà inoltre reclamare colui che l'aveva promossa. Egli pure infatti ha un interesse morale a sostenere davanti all'autorità giudiziaria la mozione che propose invano al consiglio di famiglia; nè v'è ragione perchè

abbia a mancargli nello stadio giudiziale del procedimento quella qualità per promuoverlo, che la legge gli riconosce per iniziare il procedimento medesimo davanti il consiglio di famiglia, mentre non sono queste che due parti d'un tutto, tendente ad un solo scopo. Può dirsi anzi che il testo medesimo della legge, quando dichiara che le domande di esclusione o remozione *saranno proposte dinanzi al consiglio di famiglia, salvo il diritto di richiamo davanti il tribunale*, suppone abbastanza chiaramente che sì la prima domanda, che il richiamo in caso di reiezione di essa, possano farsi dalle stesse persone.

Qualora poi il consiglio di famiglia abbia pronunciata la esclusione o la remozione, oltre al pubblico ministero, od a coloro che siano stati dissenzienti nella deliberazione, potrà reclamare senza dubbio il tutore, protutore, curatore o consulente stesso, che sia stato escluso o rimosso; il quale non solo ha un interesse morale a difendere il proprio onore offeso da una esclusione o remozione che reputa ingiusta, ma con tale richiamo si propone di rivendicare giudizialmente un proprio diritto, quale è quello che gli deriva dalla qualità legittimamente conferitagli di tutore, protutore, curatore o consulente. Si è proposto il dubbio se in mancanza di richiamo per parte del tutore escluso o rimosso possa promuoverlo quello che gli sia stato sostituito. E crediamo giusta la risoluzione affermativa che ne fu data (1); perciocchè se il tutore precedente fu ingiustamente escluso o rimosso, è a lui veramente che incombe l'obbligo legale di esercitare la tutela, e chi gli sia stato sostituito ha quindi interesse e diritto di esimersi da tale carico, pel che gli deve competere la congrua azione.

Come nel testo della legge non troviamo completamente determinate le persone che possano proporre il richiamo al tribunale contro la deliberazione, che il consiglio di famiglia abbia pronunciata intorno all'esclusione od alla

(1) V. Ricci, vol. II, n. 403, pag. 517.

remozione d'un funzionario della tutela, così non vi troviamo indicato menomamente contro chi quel richiamo debba essere introdotto. Riferendoci pertanto anche su questo punto ai principii generali, crediamo che nell'applicarli sia necessario ricorrere di nuovo alla distinzione, già sopra accennata, tra i casi che il consiglio abbia accolta od abbia respinta la mozione diretta a far escludere o rimuovere un funzionario della tutela. Pensiamo però che qui pure vi siano persone contro le quali in ambidue le ipotesi debba essere diretto il richiamo che sia presentato al tribunale. Così ci sembra nel caso che il consiglio abbia pronunciato sulla domanda di esclusione o remozione a sola maggioranza assoluta di voti, e contro tale deliberazione ricorrano all'autorità giudiziaria i componenti la minoranza dissenziente, come crediamo d'aver dimostrato ch'essi ne abbiano facoltà. Ammesso che l'articolo 260 sia applicabile in tal caso per analogia, non vediamo ragione perchè debba esserlo solo quanto alle persone da cui possa promuoversi il ricorso, e non quanto a quelle contro cui abbiasi a dirigerlo; e i motivi ci sembrano perfettamente identici per ritenere che come è la *minoranza dissenziente* che può reclamare, così sia *contro i componenti la maggioranza*, da cui provenne la deliberazione impugnata, che il ricorso debba essere rivolto.

Secondo un'opinione autorevolissima i componenti la maggioranza deliberante dovrebbero anzi essere chiamati in questo giudizio, quand'anche esso fosse stato promosso da tutt'altri che da coloro che avessero fatto parte della minoranza dissenziente. " Il tutore rimosso, si dice, citerà " il tutore che gli venne sostituito..... Devono anche citarsi " i membri del consiglio di famiglia? Io farei una distin- " zione. Si dovrebbe seguire la regola dell'art. 260 qualora " la deliberazione sia avvenuta a voti discordi. In tal caso " *la decisione non è perfetta*, e sarebbe impugnabile anche " contro pronuncie meno importanti. Quando il voto è " unanime, il consiglio di famiglia è considerato *come un*

“ *magistrato decidente* che rimane fuori della contesta-“ zione „ (1). Lasciamo da parte la motivazione, che non reputiamo esattissima, poichè nè può dirsi *imperfetta* una deliberazione presa a maggioranza assoluta di voti, nè quella che il consiglio di famiglia abbia pronunciato ad unanimità può però parificarsi ad una sentenza emanata dall'autorità giudiziaria; ma la sostanza stessa di questa teoria non ci sembra accettabile. L'art. 260 suppone che la minoranza dissenziente del consiglio impugni la deliberazione, e allora s'intende che il ricorso debba essere portato contro la maggioranza deliberante, poichè è la medesima lotta combattuta prima nell'interno del consiglio, che si continua e si definisce davanti l'autorità giudiziaria. Ma quando non è la minoranza, che assuma ed eserciti codesta azione, quando è altri che promuove il ricorso, non vi è ragione perchè la maggioranza, da cui fu votata la deliberazione, abbia a cambiare la parte di corpo deliberante in quella di combattente, e debba essere, a cagione del suo voto, convenuta come parte in giudizio. A senso nostro non è la pretesa perfezione o imperfezione del partito deliberato dal consiglio ad unanimità od a sola maggioranza di voti, che dia ragione del doversi, o no, citare le persone componenti il consiglio nel giudizio in cui s'impugna la deliberazione; ma è il rendersi attori nel ricorso quelli stessi che, avendo fatto parte del corpo deliberante, abbiano dissentito dalla determinazione adottata dalla maggioranza. E quando ciò sia, riesce poi manifestamente indifferente che codesta determinazione sia stata nel senso di accogliere o di respingere la proposta di esclusione o remozione del funzionario della tutela; poichè sì nell'un caso che nell'altro vi sono sempre gli stessi motivi per dover chiamare la maggioranza deliberante a difendere il proprio voto contro gli attacchi della minoranza ricorrente. Con ciò non intendiamo dire che quando il richiamo sia fatto dalla mino-

(1) Borsari, *Comm.*, art. 271, vol. I, § 597, pag. 949.

ranza, che ha dissentito dalla deliberazione presa, siano i soli componenti la maggioranza che debbano essere citati davanti al tribunale; al contrario, dovranno essere citati anche coloro i quali, secondo i casi in cui sia stata reietta od accolta la proposta d'esclusione o di remozione, e secondo le norme che ora dimostreremo, hanno da prender parte al giudizio. E chi, per esempio, potrebbe sostenere che si facesse luogo a sentenziare sul ricorso in cui s'impugnasse la deliberazione del consiglio, che mantenne in ufficio il funzionario della tutela, senza che questi fosse chiamato a difendersi contro la domanda di sua esclusione o remozione portata dinanzi al tribunale? O che si potesse giudicare sul ricorso diretto a far revocare l'esclusione o la remozione pronunciata dal consiglio, senza che avesse preso parte al giudizio il funzionario sostituito a quello escluso o rimosso, sicchè egli avesse a perdere la qualità acquistata senza aver potuto combattere il ricorso? Questo solo diciamo: che non vi è altro caso in cui debbano comparire come parti in giudizio i componenti la maggioranza del consiglio di famiglia, che abbia pronunciato sulla proposta di esclusione o remozione d'un funzionario della tutela, se non quando il richiamo contro tale deliberazione sia stato promosso da coloro che fecero parte della minoranza dissenziente; ma che in tal caso la citazione dei componenti la maggioranza è indispensabile, senza distinguere se colla deliberazione impugnata sia stata accolta o respinta la proposta d'esclusione o remozione.

In ambedue queste ipotesi crediamo parimente necessario che sia parte in giudizio un'altra persona; vogliamo dire il rappresentante del minore della cui tutela si tratta. O il ricorso sia diretto ad escludere o rimuovere chi dal consiglio di famiglia era stato mantenuto in un ufficio tutelare, o all'opposto a riconfermarvi chi per la deliberazione del consiglio era rimasto escluso o rimosso, colui che è principalmente interessato nella contestazione è appunto il minore; sono i diritti di lui che possono essere offesi

nella decisione che verrà pronunciata, sia privandolo della protezione d'una persona che non meritasse esclusione o remozione, sia assoggettandolo all'autorità d'un indegno. Nulla dunque di più naturale e di più conforme ai principii, che il rappresentante legittimo del minore debba essere parte necessaria nel giudizio. Questo rappresentante legittimo sarà il tutore, qualora si tratti dell'esclusione o remozione di qualunque altro funzionario della tutela; se trattisi poi dell'esclusione o remozione del tutore stesso, sarà citato in giudizio come rappresentante legittimo del minorenne il protutore, a norma dell'art. 266 cod. civile, ovvero il nuovo tutore, se il consiglio di famiglia lo abbia nominato immediatamente dopo avere escluso o rimosso il primo. Vi sono altre persone contro le quali, secondo i casi, può essere necessario che sia diretto il richiamo proposto al tribunale. Secondo i casi, dicemmo, cioè secondo che il ricorso tenda a fare escludere o rimuovere quel funzionario che il consiglio di famiglia avesse mantenuto in un ufficio tutelare, o tenda all'opposto a farvi mantenere colui che il consiglio avesse escluso o rimosso. Infatti notammo già superiormente non esser possibile porre in dubbio la necessità di citare in giudizio nella prima ipotesi il funzionario che si vorrebbe far escludere o destituire, e nella seconda quello che fosse stato sostituito all'escluso o rimosso. In quest'ultimo caso si dovrebbe inoltre citare in giudizio anche il funzionario colpito per la deliberazione del consiglio di famiglia dall'esclusione o remozione, per l'interesse principale che quegli avrebbe nella contestazione promossa (1).

La disposizione dell'art. 271 non dà neppure alcuna norma circa il tempo entro cui il richiamo al tribunale debba essere presentato. Nè sembra invocabile generalmente per analogia il termine di *quindici giorni*, che l'articolo 815 del codice di procedura civile stabilisce per la

(1) Borsari, *Comm.*, art. 271, vol. I, § 597, pag. 949.

impugnazione delle deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione; imperocchè una tale prescrizione di termine è limitata ai ricorsi interposti dalla minoranza dissenziente contro le deliberazioni prese dal consiglio a sola maggioranza assoluta di voti, a norma dall'art. 260 codice civile. Vedemmo che questo articolo può essere applicabile anche alla deliberazione con cui la maggioranza del consiglio abbia deciso intorno all'esclusione o remozione d'un funzionario della tutela. E per tal caso ci sembra ammissibile congruamente l'applicabilità ancora dell'art. 815 procedura civile; sicchè i dissenzienti dalla deliberazione, colla quale la maggioranza del consiglio abbia pronunciato in uno od altro senso sulla proposta di escludere o rimuovere un funzionario della tutela, possano bensì fare richiamo al tribunale contro la deliberazione predetta, ma solo entro quindici giorni dalla data di essa. Ma quando la deliberazione del consiglio sia stata unanime, od anche essendo stata presa a maggioranza, non siano però i membri del consiglio dissenzienti che presentino richiamo, ma altre persone, come colui che aveva promossa davanti al consiglio stesso l'esclusione o remozione del tutore, protutore, curatore o consulente, ovvero il funzionario escluso o rimosso, o quello che gli fu sostituito, o in fine il ministero pubblico, non vi è più ragione sufficiente per applicare ciò che è disposto nell'articolo 815 del codice di procedura civile, poichè manca una vera analogia col caso in quell'articolo contemplato. Fino a qual tempo sarà adunque proponibile il richiamo? Fu risposto: *fino a che il tutore non abbia accettata espressamente o tacitamente la propria remozione*, perchè in tal caso sarebbe decaduto per rinunzia dal diritto d'impugnativa (1). Ma in materia, qual'è questa, d'ordine pubblico, non pare ammissibile l'efficacia di alcuna rinunzia individuale; la nostra legge non avendo d'altronde imitata la francese nello stabilire che l'accettazione per parte del

(1) V. Ricci, vol. I, n. 403, pag. 516, 517.

funzionario escluso o rimosso valga a rendere definitiva e irretrattabile la deliberazione del consiglio di famiglia. Secondo un'altra opinione il richiamo sarebbe ammissibile finchè la deliberazione del consiglio non fosse stata eseguita sostituendo un nuovo tutore a quello escluso o rimosso (1). Ma accettando questa soluzione si dovrebbe logicamente venire alla conseguenza, che fosse in facoltà del consiglio di famiglia il precluder l'adito ad ogni richiamo col nominare immediatamente un nuovo tutore in sostituzione di quello escluso o rimosso. Il vero pare a noi questo: che non essendo prefisso alcun termine, il richiamo al tribunale contro la deliberazione del consiglio, che ha pronunciato sulla proposta di esclusione o remozione di un funzionario della tutela, possa sempre farsi utilmente finchè duri lo stato di tutela, e finchè sussista la causa d'esclusione o remozione che si tratti di far applicare.

È appellabile la sentenza che il tribunale proferisca sul richiamo a lui presentato? Sembra certa l'affermativa, ciò essendo conforme ai principii generali, conforme anche a quanto dispone espressamente, sebbene per un caso diverso, l'art. 815, § ultimo, del codice di procedura civile. Notammo già veramente un'opinione contraria, secondo la quale la deliberazione stessa del consiglio di famiglia dovrebbesi considerare come una sentenza di primo grado, epperò la pronunciazione del tribunale, costituendo la seconda sentenza, non potrebbe più essere soggetta che a ricorso in cassazione (2). Ma dimostrammo pure le ragioni per le quali reputiamo non sostenibile una tale teoria.

Un ultimo quesito resta a risolvere: chi debba, cioè, sopportare le spese del giudizio sul richiamo portato davanti il tribunale contro la deliberazione del consiglio di famiglia. In mancanza d'una disposizione testuale e particolare in proposito, dovendosi ricorrere ai principii gene-

(1) V. Dec. della corte d'appello di Torino, 3 febbraio 1874, *Giur. ital.*, vol. XXVI, p. I, s. II, c. 773.

(2) V. sopra, n. 136, pag. 605, 606.

rali, la parte soccombente dovrà essere condannata nelle spese (art. 370 cod. proc. civile). Nè ciò può ammettere difficoltà quando sia il funzionario tutelare, della cui esclusione o remozione si tratti, che soccomba nella contestazione giudiziale da lui promossa. Ma quando invece siano altri dei funzionari della tutela, che rappresentando il minore, od almeno nell'interesse di lui, abbiano sostenuto o combattuto il richiamo fatto al tribunale contro la deliberazione del consiglio di famiglia, e soccombano, le spese rimarranno a carico del patrimonio del minore, nel cui interesse quelle persone avranno agito; salva al tribunale la facoltà di condannare personalmente nelle spese costoro, quando concorrano *motivi gravi* (arg. art. 372 cod. proc. civile), e principalmente quando constasse che avessero agito con dolo, nel qual caso potrebbero eziandio essere condannati al risarcimento dei danni.

138. Effetto evidente della esclusione o della remozione subita da un funzionario della tutela, è di privarlo d'ogni titolo, d'ogni qualità per esercitare quelle funzioni, sicchè nessuno degli atti ad esse relativi potrebbe oramai essere compiuto validamente da lui. Ciò s'intende, però, in quanto tali atti avessero a derivare la loro efficacia giuridica dalla qualità appunto di funzionario della tutela, esistente in chi li avesse compiuti; nè, infatti, potrebbe esser dubbio che la validità degli atti d'un funzionario di tutela escluso o rimosso potesse sostenersi sotto altro aspetto, val dire in quello d'una *utile gestione di negozii.*

Non ostante la nullità, che in generale è da ritenersi per gli atti d'un funzionario della tutela escluso o rimosso, eccezionalmente però può sostenersene la validità a favore dei *terzi di buona fede;* di coloro, cioè, che abbiano trattato col funzionario tutelare ignorandone la esclusione o la remozione (1).

(1) V. sopra, n. 20, pag. 62, 63, n. 123, p. 531, 532; Demolombe, t. VII, n. 508.

Ma da qual momento precisamente dovrà reputarsi incorso l'effetto, che segnalammo, della esclusione o della remozione?

È stato insegnato che " *la domanda di remozione debba* " *sospendere le funzioni del tutore o del protutore*, rimanen- " done meglio guarentito l'interesse del minore „ (1). Ma cerchiamo invano una base di questa opinione nel testo della legge; nè, in mancanza di ciò, vediamo come possa privarsi, sia pure temporaneamente, dell'esercizio di un ufficio d'ordine pubblico chi n'è legittimamente investito. Ricorrere all'autorità delle leggi romane non par sicuro, trattandosi d'interpretare una legislazione nuova, che ha stabilito un sistema completo e tanto diverso in questa materia. Parlare della maggior guarentigia, che l'adozione della massima proposta potrebbe procurare agl'interessi del minore, ci sembra che sia un trattar la questione da legislatore piuttosto che da interprete.

L'origine vera della cessazione delle funzioni tutelari per causa d'esclusione o di remozione pare a noi che sia da porsi unicamente *nella deliberazione del consiglio di famiglia;* al quale infatti la legge attribuisce il potere di escludere o rimuovere il tutore, protutore, curatore, o consulente, riservato soltanto il diritto di richiamo davanti al tribunale. Dal momento in cui la deliberazione del consiglio è pronunciata, non essendo essa, d'altronde, soggetta ad omologazione, e dovendo perciò riguardarsi come esecutoria per sè medesima, le funzioni di colui che è escluso o rimosso debbono cessare.

Ma quale sarà dunque poi l'effetto del richiamo che venga promosso contro la deliberazione del consiglio? E quale sarà l'effetto della sentenza che il tribunale pronuncierà?

Che il richiamo per sè solo non basti a sospendere l'eseguimento della deliberazione del consiglio, ci sembra

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 593.

chiaro. Quando, come può farsi, e come avverrà nel maggiore numero dei casi, il consiglio di famiglia escludendo o rimuovendo un tutore, un protutore o un curatore, ne abbia immediatamente nominato un altro in sostituzione, sarebbe assurdo il pensare che per sola virtù d'un ricorso presentato dovesse questo nuovo nominato cessare dalle funzioni affidategli, e riprenderle quello ch'era stato escluso o rimosso. Ma se pure ciò non fosse stato fatto, sarebbe sempre contrario ai principii, e pericoloso per l'interesse del minore, che la semplice presentazione d'un ricorso ammesso dalla legge bastasse a sospendere gli effetti d'una deliberazione esecutoria per natura sua, d'una deliberazione impugnata forse a torto, e in ordine alla quale la legge, che sola avrebbe potuto stabilirlo, non dichiara che l'impugnazione di essa valga a sospenderne la esecuzione. Così, non ostante il richiamo, colui che fu escluso o rimosso non potrà, pendente il giudizio, riprendere le funzioni che gli furon tolte per la deliberazione del consiglio di famiglia.

Quando poi l'autorità giudiziaria abbia proferita sentenza, e questa abbia acquistato *autorità di cosa giudicata*, o sarà respinto il richiamo, e ciò non farà che confermare retroattivamente gli effetti della deliberazione del consiglio; o al contrario sarà ammesso il richiamo, e da quel giorno in cui la sentenza sia divenuta cosa giudicata sarà ripristinato nell'esercizio delle sue funzioni colui che era stato escluso o rimosso. Diciamo che egli sarà reintegrato *nell'esercizio* dell'ufficio del quale era stato privato; imperocchè, quanto all'attribuzione della qualità sua, egli non la trae da altro che dal titolo in virtù di cui era stato investito di quell'ufficio, e la deliberazione che ne lo aveva spogliato perde anche retroattivamente ogni suo effetto e si considera come non avvenuta, in virtù del carattere puramente dichiarativo della sentenza che l'ha annullata. Ma quantunque nel funzionario, ch'era stato escluso o rimosso, debba considerarsi come non cessata mai in diritto la qualità di cui era stato ingiustamente privato,

una volta che ne abbia ottenuta la reintegrazione dall'autorità giudiziaria; pur tuttavia non può revocarsi in dubbio che l'*esercizio* delle sue funzioni gli era legalmente impedito dalla deliberazione colla quale il consiglio di famiglia lo escludeva o lo rimuoveva, finchè non ebbe acquistato autorità di cosa giudicata la sentenza che annullando quella deliberazione lo mantenne nell'ufficio tutelare. Perciò gli atti, che quel funzionario avesse fatti nel predetto intervallo, dovrebbero considerarsi tuttavia come nulli. Nè intorno a ciò reputiamo potersi fare distinzione tra il caso che al funzionario escluso o rimosso ne fosse stato, o no, sostituito immediatamente un nuovo. È chiaro infatti quanto sia indifferente questa circostanza a fronte della considerazione che abbiamo accennata. D'altra parte quand'anche, per esempio, il consiglio di famiglia non avesse tosto nominato un nuovo tutore in luogo di quello escluso o rimosso, vi sarebbe sempre stato il *protutore*, che solo, a norma dell'art. 266, § 2, cod. civ., avrebbe avuta la rappresentanza legale del minore.

Era una questione controversa nel diritto francese, se la esclusione o remozione da una tutela producesse anche l'effetto di escludere parimente la stessa persona da qualunque nuova tutela a cui potesse essere chiamata. Il dubbio fondavasi sulla disposizione dell'art. 445 di quel codice, secondo cui " qualunque individuo che fosse stato " escluso o rimosso da una tutela *non poteva essere membro* " *di un consiglio di famiglia* ". Lo stesso era ripetuto nell'art. 368 del codice Napoletano, e nel 306 del codice Albertino. L'opinione più accolta era però in senso affermativo; perocchè, dicevasi, essendo richieste dalla legge maggiori garanzie nel tutore, che in un semplice consulente di famiglia, sarebbe stato assurdo che chi non poteva, per disposizione testuale, accedere a questa carica fosse ammissibile all'altra, tanto più importante, di tutore (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 510; Laurent, t. IV, n. 535.

Nel nostro codice non è riprodotta una disposizione simile; epperò l'argomento *a fortiori*, allegato dai citati scrittori, non ha più per noi alcun valore. Rimane quindi a rincontro invincibile nella sua forza il principio, che le cause di esclusione o remozione dagli uffici tutelari, siccome eccezionali ed odiose, debbono tenersi rigorosamente ristrette entro i limiti espressamente stabiliti dalla legge, nè possono per qualsiasi ragione essere estese ad altri casi fuor quelli tassativamente indicati.

Non par dunque dubbio che la esclusione o remozione, avvenuta relativamente a qualche ufficio d'una determinata tutela, non possa per sè stessa considerarsi come causa di pari esclusione da qualunque nuova tutela, a cui la medesima persona potesse essere chiamata. Certamente, se quella prima esclusione o remozione sia stata pronunciata per una delle *cause perpetue* contemplate nell'articolo 269 (1), chi ne sia stato passivo non potrà essere ammesso neppure ad una nuova tutela; ma ciò non avverrà in conseguenza della esclusione o remozione prima, sibbene *per la causa di essa*, la quale, siccome perpetua, sussistendo anche al tempo della nuova tutela, osterà in questa, come nella precedente, all'assunzione d'un ufficio tutelare per parte di quella persona.

Supponendo invece che la esclusione o remozione da altro ufficio tutelare fosse stata pronunziata per una delle *cause temporanee* contemplate nel medesimo articolo 269 e nel successivo 270, la persona esclusa o rimossa sarebbe bensì impedita dall'assumere uffici in una nuova tutela, a cui potesse essere chiamata mentre quella causa d'indegnità sussistesse ancora; il che però non sarebbe veramente un effetto della esclusione o remozione precedentemente patita, sibbene della causa di essa ancora esistente. Ma se invece quella causa temporanea d'indegnità fosse cessata allorchè la persona che n'era colpita fosse

(1) V. sopra, n. 130, pag. 568, 570.

chiamata ad un nuovo ufficio tutelare, nulla più le ostebbe ad assumerlo; nel che appunto si riassume il concetto che la esclusione o remozione da una tutela non costituisca una causa per sè stante di esclusione da una nuova tutela. Così se taluno fosse stato escluso o rimosso da un ufficio tutelare come *fallito non riabilitato*, ed ottenuta poi la riabilitazione fosse chiamato ad una nuova tutela, od anche a quella stessa, che fosse ridivenuta vacante, non potrebb'esserne riguardato come indegno. Parimente l'escluso o rimosso per condanna ad una delle pene correzionali, a cui accenna l'art. 270, dopo scontata la pena potrebbe esser tutore, sia in una nuova tutela, sia in quella stessa, se vi fosse richiamato.

§ II. — *Delle cause di dispensa dagli uffici di tutore e di protutore.*

Sommario. — 139. Nozioni fondamentali su questo argomento. — 140. Cause che dispensano di diritto dagli uffici di tutore e di protutore. — 141. Principii generali intorno alle cause per le quali la legge attribuisce al tutore o al protutore la facoltà di chiedere e il diritto di ottenere dispensa. — 142. Cause di scusa dipendenti dal sesso, dall'età, dallo stato fisico della persona. — 143. Della dispensa che si concede a chi abbia cinque figli viventi. — 144. Della dispensa che si accorda a chi sia già incaricato di una tutela. — 145. Dei militari in attività di servizio. — 146. Della dispensa spettante a chi eserciti fuori una missione governativa od un ufficio pubblico. — 147. Causa per la quale si può dispensarsi dall'assumere, non dal continuare l'ufficio di tutore o protutore. — 148. Cause di dispensa facoltativa anche quanto alla concessione, che può farne o negarne il consiglio di famiglia. — 149. Omologazione a cui è soggetta la deliberazione non unanime, colla quale il consiglio di famiglia abbia dispensato il tutore, il protutore o il curatore consenziente, a norma dell'art. 276 cod. civile. — 150. Procedimenti stabiliti dalla legge per le domande di dispensa, e pel richiamo contro le decisioni consigliari, con cui siano state rigettate tali domande.

139. Avemmo superiormente l'occasione di esporre intorno alle *cause di dispensa*, confrontate con quelle *d'incapacità* e *d'indegnità*, alcuni principii generali che qui dobbiamo richiamare (1).

(1) V. sopra, n. 122, pag. 522 e segg.

Rammentiamo, innanzi tutto, che mentre le cause d'incapacità o d'indegnità sono comuni a tutti gli uffici tutelari, quelle di dispensa sono invece limitate ai soli *uffici di tutore e di protutore*. In tal senso si è pronunciato esplicitamente il legislatore colla intitolazione stessa che ha dato a questa sezione, *delle cause di dispensa dagli uffici di tutore e protutore*, ai quali due uffici esclusivamente si riferiscono infatti le disposizioni degli art. 272 al 275. Nondimeno vi è nella medesima sezione un altro articolo, che espressamente comprende anche l'ufficio di *curatore;* ed è il 276, che attribuisce al consiglio di famiglia il potere di dispensare chi consenta a rassegnare la carica deferitagli, qualora il consiglio medesimo reputi che ciò convenga all'interesse del minore. Una disposizione somigliante si ha pure, quanto ai consulenti di famiglia, nell'art. 254, il quale concede al pretore la facoltà di dispensare da tale ufficio chi ne faccia domanda, se il pretore medesimo reputi questa abbastanza giustificata *per ragione delle distanze o per altri gravi motivi;* se non che in questo caso i motivi della dispensa sono da valutarsi principalmente in relazione alle condizioni della persona che sarebbe incaricata delle funzioni di consulente, ed alle difficoltà ch'essa incontrerebbe nell'esercizio di tali funzioni, mentre nel caso dell'art. 276 è l'*interesse del minore* che deve avere la prevalenza.

Confrontando però da una parte gli uffici di tutore e di protutore, dall'altra quelli di curatore e di consulente, troviamo questa differenza fondamentale, che pei primi non solo può farsi luogo a dispensa facoltativa da parte del consiglio di famiglia, a norma dell'art. 276, ma vi sono casi in cui il tutore o il protutore *ha diritto* di essere esonerato; mentre nessun diritto di dispensa vi è mai pel curatore, nè pel consulente, pei quali è riserbato rispettivamente al consiglio di famiglia od al pretore il concederla o negarla apprezzandone a suo prudente criterio i motivi.

Della qual differenza non è poi difficile il rendersi ragione se si consideri la maggior gravezza e responsabilità degli uffici di tutore e di protutore; ond'è che pur dovendo renderli obbligatori, per motivi d'ordine pubblico, il legislatore ha riconosciuto giusto di attribuire in certe circostanze il diritto di esonerarsene a coloro che ne sarebbero incaricati. I consulenti non hanno che a far parte d'un corpo deliberante, il quale non è chiamato ad occuparsi che di alcuni più importanti affari della tutela; il curatore deve semplicemente assistere ed autorizzare il minore in certi atti più gravi, o se in qualche caso è incaricato di un'amministrazione, questa però non riguarda che una parte del patrimonio del minore. Non si è perciò creduto necessario di attribuir mai a codesti funzionari un vero ed assoluto diritto di scusa, e si è stimato sufficiente lasciare alla prudenza del consiglio di famiglia o del solo pretore il concedere o negare la dispensa che sia domandata, secondo la gravità dei motivi che siano addotti.

Tra i due uffici, però, di curatore e di consulente, essendo ancora più gravoso il primo, e più difficile il trovare persona che degnamente sostituisca chi venga dispensato, si è voluto che il consiglio di famiglia nel pronunciarsi abbia in vista principalmente *l'interesse del minore;* mentre, quanto ai consulenti, si è permesso al pretore di esonerarli e surrogarne altri, avendo in considerazione soltanto la gravità dei motivi a cui si appoggi la domanda.

Poichè l'occasione ci ha portati a parlare della disposizione dell'art. 276 in quanto si riferisce al *curatore*, e per non aver più ad occuparci fuorchè di ciò ch'essa contiene di comune agli uffici di *tutore* e di *protutore*, osserveremo che quell'articolo è applicabile alla *cura* esclusivamente pei casi in cui essa abbiasi ad esercitare *per una persona minore di età*, sia poi *emancipata* o no, *o per chi sia dalla legge parificato al minore emancipato*. Ciò è chiarissimo, sia per la collocazione stessa del predetto articolo 276, sia per le sue espressioni testuali. Così il consiglio di famiglia,

in virtù del citato articolo, potrebbe esonerare il curatore che fosse stato nominato pei figli minori d'un presunto assente (art. 47 cod. civ.), o per l'amministrazione d'una eredità in cui il minore soggetto a patria podestà od a tutela fosse stato istituito (art. 247 cod. civ.), o il curatore dell'*emancipato* (art. 314, § 1, cod. civ.), o dell'*inabilitato* (art. 339 cod. civ.). Ma qualora si trattasse d'un curatore nominato per altra causa, per esempio, per l'amministrazione d'una *eredità giacente* (art. 980 cod. civ.) evidentemente non sarebbe l'art. 276 che potrebbe essere applicabile, nemmeno per analogia; e se pure fosse chiesta dispensa, l'apprezzarne i motivi e concederla o negarla spetterebbe all'autorità stessa, a cui la legge deferisce la nomina del curatore in quei casi.

Ritornando ora alle cause per le quali si può far luogo a scusarsi dagli uffici di tutore e di protutore, è fuor di dubbio ch'esse sono applicabili per qualunque sia la specie della tutela, o testamentaria, o legittima, o dativa. Gli articoli 272 e 273 sono infatti espressi in forma tanto generale da escludere una tale distinzione; la quale d'altronde mancherebbe d'ogni motivo sufficiente, essendo manifesto che il titolo per cui sia deferita la tutela o la protutela non può avere alcuna influenza sulle cause per cui possa essere giustificata la domanda di chi sia investito di tali uffici ond'esserne dispensato. L'articolo 274, poi, non può avere alcuna applicazione alla tutela legittima, poichè parla di *chi non sia parente od affine del minore;* ma per le ragioni stesse sopra cennate vale senza dubbio tanto per la tutela o protutela testamentaria, quanto per la dativa.

Abbiamo qualificata la dispensa dagli uffici di tutore o di protutore come *facoltativa*, nel senso che la persona, dalla quale potrebb'essere invocata, è però libera di esercitare, se vuole, le funzioni di cui è investita. E intorno a ciò, se potesse sorgere qualche dubbio, sarebbe soltanto in ordine a quelle cause di dispensa che sono stabilite

dall'art. 272, e che fanno luogo *di diritto* alla esonerazione del tutore o del protutore. Dimostreremo tuttavia, commentando codesto articolo, e spiegando il senso in cui reputiamo doversi intendere la massima in esso stabilita — che cioè le cause di dispensa ivi contemplate producono *di pien diritto* i loro effetti — come non sembri ammissibile che la esistenza di esse produca un vero impedimento all'esercizio delle funzioni di tutore o di protutore. Basterà per ora questa semplice riflessione, che pur ci sembra decisiva: se la dispensa per le cause indicate nell'art. 272 non fosse facoltativa, sicchè le persone, rispetto a cui esse si verificassero, dovessero necessariamente astenersi dagli uffici di tutore o di protutore, non si tratterebbe più veramente di cause di dispensa, come le qualifica la legge, ma d'*incapacità;* e si confonderebbero così due istituti giuridici, che per la natura loro, e pel disposto testuale della legge, sono profondamente distinti. Quanto poi alle altre cause di dispensa, determinate dagli articoli 273 e 274, il dubbio non è neppur possibile; poichè il successivo articolo 275 dice chiaro che la dispensa *debba essere domandata al consiglio di famiglia* dalla persona a cui ne compete il diritto, e che solo da questa persona possa essere impugnata davanti al tribunale la decisione del consiglio di famiglia, che abbia rigettata quella domanda; il che tutto non è certamente conciliabile se non col concetto del carattere puramente *facoltativo*, che si attribuisca alla dispensa.

Sotto quest'aspetto l'accennata teoria non par dunque suscettibile di seria contestazione. Ma per contrario reputiamo altrettanto manifesto non potersi in certi altri rapporti attribuire alla dispensa un simile carattere. Essa non è certamente *facoltativa* nel senso che, data la domanda fattane dal tutore o dal protutore per una delle cause stabilite dalla legge, sia in potere del consiglio di famiglia l'accogliere quella istanza o rigettarla; poichè posta l'esistenza della causa allegata, il tutore od il protutore ha un

vero diritto d'essere dispensato, e il consiglio di famiglia, che decidesse in contrario, violerebbe la legge. Su ciò non lascia alcun dubbio il testo: che nell'art. 272 dice essere dispensati di diritto, per le cause ivi contemplate, il tutore e il protutore; nell'art. 273 riconosce in favor di costoro espressamente il *diritto d'essere dispensati;* e nell'art. 274, § 1 dichiara *non poter essere costretto ad accettare la tutela o l'ufficio di protutore*, chi si trovi nel caso considerato in quella disposizione. Possono bensì esservi casi in cui la concessione della dispensa sia *facoltativa da parte del consiglio di famiglia*, e sono quelli previsti negli articoli 274, § 2, e 276; ma allora non si tratta di dispensa domandata per una delle cause specialmente determinate dalla legge negli articoli 272 al 274, § 1. Quest'ultima riflessione rivela pure un altro aspetto sotto cui non potrebbesi considerare come facoltativa la dispensa. E sarebbe infatti un grave errore il dirla in generale *facoltativa quanto alle cause sulle quali possa fondarsi*. Queste sono determinate particolarmente dalla legge nei citati articoli 272 al 274, e sono quindi tutt'altro che abbandonate all'arbitrio del consiglio di famiglia. Vero è che il consiglio medesimo può, anche per altri motivi, secondo l'art. 276, dispensare il tutore o il protutore, che consentano a rassegnare il loro uffizio; ma s'entra allora in tutt'altro ordine d'idee che quello su cui sono stabilite le cause legali di dispensa; allora non è più l'interesse del tutore o del protutore, che debbasi avere in vista, ma esclusivamente l'*interesse del minore*, e solo quando il consiglio di famiglia reputi necessario nel bene del minore stesso che si accetti la rinunzia fatta dal tutore o dal protutore al proprio ufficio, solo in tal caso può dispensarlo. Per questa considerazione, dicemmo altrove, che non ostante la disposizione dell'articolo 276, con cui si concede al consiglio di famiglia la facoltà di pronunciare dispense per *cause extralegali*, tuttavia le cause legali che attribuiscono al tutore o al protutore un *vero*

diritto di ottenere dispensa devono considerarsi come *tassative* (1).

Stabilito il principio che la dispensa dagli uffici di tutore e di protutore, qualunque sia, tra le cause particolari ammesse dalla legge, quella su cui se ne fondi la domanda, abbia a riguardarsi come *facoltativa* rispetto alla persona che ha diritto di chiederla, par naturale il dedurne che questa persona possa rinunciarvi validamente, sia in modo espresso, sia tacito, e rendere così obbligatorio a sè stessa l'esercizio delle funzioni di cui fu investita, non altrimenti che se quella causa di dispensa non avesse esistito. Non è forse un principio elementare che ognuno possa rinunziare ad un benefizio introdotto in proprio favore? D'altra parte, quando l'art. 275, nel secondo paragrafo, stabilisce che *il solo tutore o protutore*, da cui fu proposta la domanda di dispensa, possa impugnare la decisione del consiglio che l'abbia rigettata, non viene a riconoscere implicitamente nel tutore o protutore stesso la facoltà di rinunziare alla dispensa a cui potesse avere diritto? I commentatori del nostro codice sono infatti concordi in questa opinione, almeno quanto ai casi dell'art. 272 (2). In diritto francese non era neppur possibile il dubbio, poichè gli articoli 438 e 439 di quel codice fissavano il tempo entro cui dovessero essere proposti dal tutore i motivi di scusa ch'egli avesse, e trascorsi quei termini dichiaravano *inammissibile ogni suo reclamo ulteriore*, il che implicava evidentemente che il solo difetto della domanda in tempo utile valesse rinunzia tacita al diritto di scusa. Nel codice italiano, però, non abbiamo alcuna disposizione somigliante; e della massima sopraddetta, come derivante dai principii generali, è lecito dubitare. Affinchè, infatti, dal carattere facoltativo della scusa vi fosse luogo a dedurre come conseguenza logica che la persona a cui tale facoltà

(1) V. sopra, n. 122, pag. 525, 527.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 596; Buniva, *Del diritto delle persone* vol. II, pag. 254; Ricci, vol. I, n. 406.

compete potesse rinunziarvi efficacemente, bisognerebbe ritenere che il benefizio della dispensa fosse introdotto nell'esclusivo interesse personale del tutore e del protutore. Allora soltanto vi sarebbe ragione di applicare la regola che ognuno possa rinunziare ai diritti stabiliti in proprio favore. Ma bisogna riconoscere che le cause di scusa sono introdotte *principalmente*, *non esclusivamente*, nell'interesse personale del tutore o del protutore; chè esonerando da tali uffici coloro ai quali per le loro condizioni particolari riuscirebbe troppo grave lo esercitarli, si giova ad un tempo all'interesse del minore, essendo evidente che per quelle stesse condizioni sue personali il tutore o il protutore eserciterebbe men bene il suo ufficio, qualora vi fosse costretto. Pensiamo, per esempio, alla donna, che potendo essere tutrice, si riconosca però inetta alla trattazione degli affari; al vecchio di sessantacinque anni compiti; a colui che sia affetto da una grave e permanente infermità; e la giustizia dell'accennata riflessione si renderà manifesta. Se la rinunzia di costoro a tali cause di scusa fissasse irretrattabilmente in loro mani l'ufficio di cui sono investiti, ciò non costituirebbe dunque soltanto l'abdicazione d'un proprio diritto, ma si volgerebbe a danno del buon regime della tutela. È egli conforme ai principii che si possa fare una rinunzia in pregiudizio altrui? Non è vietato ogni atto che sia contrario all'ordine pubblico, e non sarebbe tale l'atto in cui il tutore o il protutore, rinunziando alla scusa ammessa per lui dalla legge, si imponesse irreparabilmente un ufficio, che non potesse poi esercitare convenientemente? A questi argomenti di ragione se ne aggiungerebbe un altro che può trarsi dal testo. L'art. 272 dichiara assolutamente *dispensate dagli uffici di tutore o di protutore* le persone ivi contemplate; l'art. 273 enumera altre persone che hanno diritto di essere dispensate *dall'assumere o dal continuare* l'esercizio di quegli uffici. Non è chiaro dunque che, secondo la mente del legislatore, anche chi abbia assunto l'ufficio, non ostante che preesistesse

una causa di dispensa, può a sua volontà *dispensarsi dal continuarlo?* Se non che, quanto a ciò, la disposizione può spiegarsi nel senso che, come parlandosi di *dispensa dall'assumere* la tutela o la protutela, si suppone necessariamente la preesistenza della causa di scusa, così il legislatore parlando di *dispensa dal continuare* abbia supposto invece che la causa di scusa sia *sopravvenuta* dopo assunti quegli uffici; e crediamo che tale sia la interpretazione più ragionevole. Relativamente poi all'altra argomentazione, non la reputeremmo giusta così assolutamente, ma solo quando si premetta una distinzione. In realtà l'interesse del minore è impegnato nella dispensa d'un tutore o d'un protutore, che per alcuna delle cause di scusa stabilite dalla legge sia in condizione da non potersi prestare convenientemente al disimpegno delle funzioni che gli sono deferite; ma a proteggere questo interesse del minore provvede abbastanza la disposizione generale dell'art. 276, alla quale, appunto perchè attenente all'interesse del minore, e quindi all'ordine pubblico, certamente non potrebb'essere derogato mai per volontà del tutore o del protutore medesimo. Cosicchè, non ostante qualunque rinunzia che questi avesse fatta alla causa di scusa esistente in suo favore, non sarebbe per certo vietato mai, nè a lui il proporre la domanda di dispensa, nè al consiglio di famiglia l'accoglierla, *qualora reputasse necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore.* Ma che il tutore o protutore *abbia il diritto di ottenere*, per qualunque delle cause previste dalla legge, la dispensa dall'ufficio suo indipendentemente dalla considerazione che ciò sia necessario od opportuno, o no, pel minore, è cosa invero che riguarda esclusivamente l'interesse del tutore o del protutore stesso, e intorno alla quale può quindi e deve avere applicazione piena il principio che ognuno può rinunziare al beneficio introdotto in favor suo. La rinunzia, pertanto, che il tutore o protutore abbia fatto, sia espressamente, sia tacitamente, ad una determinata causa legale di scusa,

mentre non gl'impedirà di proporre più tardi quella medesima causa per essere dispensato dall'ufficio, nè impedirà al consiglio di accogliere la domanda, se lo reputi opportuno nell'interesse del minore, avrà però prodotto l'effetto di privare il tutore o il protutore rinunziante del diritto assoluto d'essere esonerato dall'ufficio; o, in altre parole, la dispensa, che da prima era facoltativa solo relativamente alla persona che avea diritto di chiederla ed ottenerla, per la rinuncia fatta da questa persona sarà trasformata in *facoltativa anche da parte del consiglio di famiglia*, il quale potrà concederla o negarla secondo che reputi opportuno per l'interesse del minore.

Nel classificare le varie specie di cause che fanno luogo a dispensa dalla tutela, gli autori sogliono generalmente distinguere quelle che sono fondate sull'interesse pubblico, e quelle che riguardano il puro interesse privato delle persone a cui vantaggio sono stabilite. Seguendo questo medesimo concetto, qualche commentatore del codice nostro qualifica come concernenti l'interesse pubblico le cause di dispensa indicate nell'art. 272, e come riguardanti il solo interesse privato quelle enumerate nell'art. 273. Ciò non è del tutto esatto, poichè anche tra queste ultime ve ne sono alcune che possono dirsi stabilite principalmente per motivi d'ordine pubblico, al pari delle prime; quali sarebbero quelle accennate nei numeri 6 e 7 del predetto articolo 273. Del resto, come accennammo superiormente, quasi tutte le cause di dispensa, sebbene stabilite principalmente per l'interesse privato delle persone a cui si applicano, sono però motivate eziandio da una vista d'interesse pubblico, in quanto che il costringere all'esercizio delle funzioni tutelari le persone, rispetto a cui quelle cause di scusa si verificassero, pregiudicherebbe in ultimo al buon regime stesso della tutela.

Nè poi questa distinzione tra scuse d'interesse pubblico e scuse d'interesse privato ha alcuna conseguenza che ci apparisca di utilità pratica.

Un'altra distinzione generalmente indicata è tra le cause di dispensa *perpetue* e le *temporanee:* perpetue, quando dipendendo da fatti immutabili esonerano per sempre una persona dagli uffici di tutore o di protutore, come quelle indicate nei numeri 1 dell'art. 272; 1, 2, 3 dell'art. 273; temporanee, quando fondandosi sopra fatti mutabili non esonerano da tali uffici se non fino a quando quei fatti sussistano, come nei casi previsti nei numeri 2 e seg. dell'art. 272; 4 e seguenti dell'art. 273. Rispetto a queste ultime è però notevole che il cessare della causa di dispensa, per cui taluno fosse stato esonerato da una tutela o protutela, lo esporrebbe a dover assumere un'altra tutela o protutela, od anche quella stessa da cui aveva ottenuta dispensa, qualora ridivenisse vacante, ma non farebbe luogo a subentrare il tutore dispensato a quello che fosse stato nominato in vece sua, se rispetto a quest'ultimo non si fosse verificata alcuna delle cause legali ordinarie per cui finisce l'ufficio di tutore o di protutore.

In terzo luogo è opportuno distinguere le cause che scusano tanto *dall'assumere* quanto *dal continuare* l'esercizio della tutela o protutela, e quelle che possono esimere soltanto *dall'assumerlo.* Avvertiamo però che dicendo questo supponiamo trattarsi di cause di dispensa, le quali possano essere *sopraggiunte* dopo che l'ufficio di tutore o di protutore sia stato assunto; e in tal senso tutte quelle tra le cause di dispensa stabilite dagli art. 272 e 273, che possano sopravvenire e si siano realmente verificate dopo che l'esercizio della tutela o della protutela sia stato incominciato, valgono a dispensare dal continuarlo. Solo quella causa di scusa che è ammessa dall'art. 274, § 1, in favore di chi non sia parente nè affine del minore, e quando nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela, od in cui sia parte notabile delle sostanze del minore stesso, risiedano parenti od affini capaci di assumere l'ufficio di tutore o protutore e non dispensati legalmente, solo quella causa dispenserebbe l'estraneo dall'assumere la tutela o la

protutela, ma non lo libererebbe dall'obbligo di continuarla, se anche prendesse residenza nel predetto territorio un parente od un affine capace e non dispensato, che non vi avesse risieduto al tempo in cui la tutela o la protutela fu assunta dall'estraneo. Che se invece si trattasse d'una causa di scusa *preesistente*, e non ostante la quale la persona che avrebbe potuto approfittarne avesse assunto l'ufficio, ciò costituirebbe generalmente una *rinunzia tacita* alla dispensa; e in proposito abbiamo dimostrato sopra quale reputeremmo che fosse, secondo il diritto nostro, l'effetto di una tale rinunzia: effetto consistente nel privare il rinunziante del *diritto ad ottenere la dispensa*, lasciando tuttavia in facoltà del consiglio di famiglia di poterla concedere, qualora lo reputasse conveniente nell'interesse del minore.

Si possono ancora distinguere le cause di scusa *tassativamente determinate dalla legge*, e quelle che all'opposto sono lasciate *facoltativamente* al prudente apprezzamento del consiglio di famiglia. Intorno a che bisogna, però, rammentare quanto dimostrammo sopra; che cioè tutte le cause legali di scusa, stabilite negli articoli 272, 273 e 274, § 1, debbono considerarsi come *tassative*, in quanto abbiasi a fondare sovr'esse un vero *diritto ad ottenere dispensa;* che solo le *scuse extralegali* sono affatto abbandonate, nè sarebbesi potuto fare altrimenti, al prudente apprezzamento del consiglio di famiglia, il quale può accoglierle o rigettarle secondo che reputi conveniente per l'interesse del minore (art. 276 cod. civ.).

Un' ultima distinzione, secondo noi importantissima, sarebbe da farsi tra le cause che *dispensano di diritto* dagli uffici di tutore o di protutore, e sarebbero quelle determinate nell'art. 272, e le cause di scusa che abbisognano di essere proposte con domanda formale dinanzi al consiglio di famiglia, e sarebbero tutte le altre ammesse colle disposizioni degli articoli 273 e 274. Ma intorno a ciò sarà necessario un più accurato esame di tali disposizioni, come ci proponiamo di fare nei numeri seguenti.

140. “ Sono dispensati dagli uffici di tutore e protutore:

“ 1° I principi della famiglia reale, salvochè si tratti “ di tutela di altri principi della stessa famiglia;

“ 2° I presidenti delle Camere legislative;

“ 3° I Ministri segretari di Stato;

“ 4° I presidenti del Consiglio di Stato, della Corte dei “ conti, delle Corti giudiziarie, ed i capi del pubblico mini- “ stero presso le corti medesime;

“ 5° I segretari e direttori generali delle amministra- “ zioni centrali del regno ed i capi delle amministrazioni “ provinciali „ (art. 272 codice civile).

Son facili a comprendersi i motivi di questa disposizione: da una parte la dignità stessa che è conferita alle persone ivi contemplate, dignità eminente, alla quale sconverrebbe la condizione di dipendenza in cui quelle stesse persone sarebbero poste, nella qualità di tutori o protutori, a fronte della modesta autorità di un consiglio di famiglia; dall'altra l'importanza degli uffici pubblici, di cui quelle persone son rivestite, e che generalmente non sarebbero compatibili coll'esercizio delle funzioni di una tutela.

Nè intorno ai singoli casi, contemplati nel riferito articolo, crediamo occorrere spiegazioni, parlandone abbastanza chiaramente il testo. Osserveremo soltanto, che chiunque trovandosi investito d'alcuna delle qualità o delle cariche indicate nell'art. 272 fosse chiamato ad esercitare l'ufficio di tutore o protutore, o chiunque dopo avere assunto uno di questi uffici venisse investito di una delle cariche predette, avrebbe diritto a riguardarsi come dispensato dalla tutela o dalla protutela; senza alcun riguardo alla parentela più o meno stretta, da cui fosse legato al minore, salva soltanto l'unica eccezione, che è fatta nel primo numero dell'articolo stesso, per rispetto ai principi della famiglia reale, che non sono dispensati dalla tutela d'altri principi della stessa famiglia.

Se però intorno al fondamento ed ai particolari d'applicazione di queste cause di dispensa non s'incontra alcuna difficoltà, una se ne presenta non lieve quanto a determinare esattamente il carattere della dispensa stessa. Il dubbio a questo proposito sorge dalla forma di espressione adoperata in principio dell'art. 272, dove è dichiarato che le persone ivi accennate *sono dispensate dagli uffici di tutore o protutore;* mentre di quelle indicate nel successivo articolo 273 è detto che *hanno diritto di essere dispensate dall'assumere o dal continuare l'esercizio dei predetti uffici*, e l'art. 275 stabilisce poi la necessità d'una domanda di dispensa da proporsi al consiglio di famiglia. Ora a questa diversità di parole dobbiamo ritenere che corrisponda una differenza reale di concetti? La dispensa ha luogo *di pien diritto* nei casi dell'art. 272, e solo in seguito a domanda proposta al consiglio di famiglia nei casi dell'articolo 273? Oppure sì agli uni che agli altri si applica indistintamente l'art. 275, e la dispensa non ha mai luogo se non ne sia fatta domanda formale al consiglio? E in quest'ultima ipotesi come si spiega la formola assoluta dell'art. 272, che dichiara *dispensate dagli uffici di tutore o di protutore* le persone in esso enumerate, a fronte dell'art. 273 che di altri dice aver *essi diritto di essere dispensati?* La spiegazione di questa differenza di testo fu cercata da alcuni dei commentatori del nostro codice.

Secondo l'opinione d'uno di essi “ la dizione *sono dispen-* “ *sati*, generalmente significa *il non doversi assumere la* “ *tutela;* e l'altra, *hanno diritto di essere dispensati*, esprime “ una vera facoltà del privato, che malgrado i suoi impe- “ dimenti, assumendo la tutela che gli viene conferita, eser- “ cita un vero e proprio diritto, di che a niuno è lecito “ redarguirlo „. L'autore avverte però subito non potersi paragonare la dispensa, che l'art. 272 stabilisce per alcuni alti funzionari dello Stato, ad una *incapacità;* dice trattarsi d'un semplice *impedimento*, non ostante il quale potranno anche in casi eccezionali assumere la tutela; ma soggiunge

che della convenienza di ammettere ciò sarà arbitro il consiglio di famiglia (1). Ci sembra in vero che tutta questa teoria si allontani di troppo dal dispositivo del codice. Questo non riconosce altre cause, che formino ostacolo all'esercizio degli uffici tutelari, fuorchè quelle d'*incapacità*, d'*esclusione* e *remozione*, e di *scusa*. Si creerebbe invero una altra categoria di *cause d'impedimento ;* che, come riconosce il medesimo autore, *sarebbero tutt'altro che d'incapacità* e meno ancora potrebbero riguardarsi come cause di *indegnità*, nè in fine sarebbero neppur più vere cause di *scusa*, posto che costituirebbero non *un potere*, ma *un dovere* di astenersi dagli uffici di tutore o protutore. L'autore ha però riconosciuto che in questo medesimo aspetto non sarebbe ragionevole considerare il *dovere di astensione*, ch'egli proclama, come un impedimento assoluto, ed ha ammesso la possibilità di eccezioni; le quali sarebbero pure a lor volta una creazione affatto arbitraria dell'interprete. Se fosse vero che nell'art. 272 del codice il legislatore avesse inteso di stabilire *un impedimento* all'esercizio di uffici di tutelari, chi potrebbe opporre eccezioni a questo impedimento legale, se non la legge stessa? Ma non basta: chè ammessa la possibilità di eccezioni, non si poteva farle dipendere dalla sola volontà della persona impedita. Altrimenti a che si ridurrebbe l'impedimento? E l'autore deferisce al consiglio di famiglia la facoltà di abilitare all'esercizio delle funzioni tutorie chi ne sarebbe impedito per legge. Se non che qui pure ci sembra patente l'arbitrio. L'articolo 275 attribuisce bensì al consiglio di famiglia il potere di pronunciare sulle domande di dispensa ; l'art. 276 gli dà facoltà ancora di dispensare il tutore o il protutore per cause extralegali, quando ciò sia reputato necessario per l'interesse del minore ; ma non vi è disposizione che permetta al consiglio d'ammettere all'esercizio degli uffici tutelari chi ne sia legalmente impedito, e se in qualche caso si è stimato oppor-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 272, vol. I, § 598, pag. 952.

tuno rimettere alla saviezza del consiglio di famiglia il togliere o lasciare a taluno un ufficio di tutela, lo si è dichiarato espressamente.

Secondo un'altra opinione " la differenza di espressioni " (tra gli art. 272 e 273) non importerebbe una diversità " nelle conseguenze giuridiche di entrambe le scuse..... e " la legge colle parole: *sono dispensati*, avrebbe inteso sem- " plicemente di accennare che le persone indicate nell'ar- " ticolo 272 *non debbono accettare* una funzione privata, " quale è quella della tutela, ove la medesima possa di- " strarle da pubblici incarichi che debbono evadere. Il " giudizio però se nel caso pratico la tutela porti, oppur " no, seco siffatta distrazione, è lasciato all'apprezzamento " della persona stessa dispensata, la quale, se il crede con- " veniente, può non valersi del motivo di dispensa ed " accettare la tutela " (1).

L'idea d'un impedimento legale, d'un dovere d'astenersi dall'ufficio tutelare, è dunque comune anche a questa teoria; e non ostante si vuol mantenere a tale impedimento il carattere vero e proprio d'una *scusa*, il carattere quindi di una semplice *facoltà*, che la persona alla quale compete può esercitare, o no, secondo che reputi conveniente. Ma ciò non implica contraddizione? Si concepisce forse un dovere giuridico, in cui la necessità, o non, di adempierlo abbia a dipendere dal giudizio della stessa persona che ne sarebbe tenuta?

Per parte nostra non dubitiamo menomamente che pure e semplici cause di scusa siano anche quelle stabilite dall'art. 272. Ciò vi è espresso in termini testuali; e sarebbe anche dimostrato senz'altro dalla intitolazione stessa della sezione in cui questo articolo è collocato. Conseguentemente non dubitiamo neppure che, come *scuse*, siano puramente *facoltative* per la persona a cui sono attribuite, essendo questo un carattere inseparabile da ogni causa di

(1) V. Ricci, vol. I, n. 404, pag. 518.

dispensa. Chi dice *scusa* o *dispensa* esprime con questa parola stessa il concetto di ragioni addotte per esimersi da cosa a cui si sarebbe regolarmente tenuto; il concetto perciò d'un atto puramente volontario. D'altra parte non vedremmo un motivo sufficiente di eccezione, per cui in luogo d'una vera e semplice causa facoltativa di scusa dovessimo qui scorgere un impedimento legale all'esercizio di uffici tutelari. Se gli alti funzionari contemplati nell'articolo 272 non trovano disdicevole alla dignità loro di assumere anche quegli uffici, se li riconoscono compatibili colle funzioni pubbliche di cui sono rivestiti, perchè mai la legge avrebbe ad opporre la sua proibizione? Saranno distratti, si dice, dalla più alta loro missione, o male adempiranno gli uffici della tutela. Ma se ciò può temersi, non è però certo, nè avverrebbe in tutti i casi; e l'evitare questa possibile alternativa è bensì una ragione sufficiente per accordare la facoltà di scusarsi, non per porre un divieto legale. Se poi avvenisse che assunti ambo gli uffici si mancasse dall'una o dall'altra parte ai doveri che ne derivano, provvederebbero abbastanza i mezzi legali ordinari, che di quei doveri assicurano l'adempimento.

Quanto all'interpretazione da darsi alla formola dell'articolo 272, in confronto a quella del successivo 273, crediamo bensì che alla differenza materiale tra l'una e l'altra corrisponda una diversità reale di concetti giuridici; ma non ci sembra che mentre l'espressione usata nell'articolo 273, *hanno diritto di essere dispensati*, significa certamente e chiaramente la semplice *facoltà di chiedere* e il *diritto di ottenere* scusa; quella dell'art. 272, *sono dispensati*, significhi invece una *proibizione* di esercitare gli uffici di tutore o di protutore. Quella diversità di parole si spiega, secondo noi, in tutt'altro modo. Nell'art. 272 è detto che le persone ivi accennate sono senz'altro *dispensate dagli uffici di tutore e protutore*, perchè la scusa ha luogo in questi casi *di pien diritto*, per virtù diretta della disposizione stessa della legge, senza bisogno che, a norma dell'arti-

colo 275, ne sia proposta domanda formale al consiglio di famiglia; precisamente l'opposto di ciò che avviene nei casi contemplati dall'art. 273, nei quali perciò si dice che le persone ivi indicate *hanno diritto di essere dispensate.* E la ragione di tale differenza è chiara. Nell'art. 273 le cause di scusa sono costituite da qualità personali, o da circostanze di fatto, che abbisognano pel maggior numero dei casi d'essere verificate; donde la necessità che intervenga il consiglio di famiglia, al quale debba essere proposta una domanda formale di scusa. E per le donne stesse, che possono essere tutrici, il doversi proporre da esse al consiglio di famiglia la domanda formale di dispensa era pure opportuno, sia affinchè il consiglio potesse adoperare la sua influenza a persuaderle di accettare l'ufficio, se ciò reputasse utile per l'interesse del minore, sia affinchè in ogni caso potesse provvedere immediatamente sostituendo un altro tutore. Nei casi invece dell'art. 272 si tratta di alte cariche pubbliche, di cui le persone ivi contemplate sono notoriamente investite; nulla vi è che il consiglio di famiglia possa essere chiamato a verificare; nessuno ostacolo quindi a potersi direttamente dalla legge accordare la dispensa; nè è caso di contare sulla influenza del consiglio per persuadere quei dignitari ad assumere uffici di tutela ch'essi reputino incompatibili colla loro missione pubblica. D'altro lato nessuno inconveniente può derivarne pel minore; poichè, se quei funzionari dispensati di pien diritto dalla tutela non l'assumano di fatto, il consiglio potrà provvedere senza ritardo alla nomina d'altro tutore; se al contrario l'assumano, avranno con ciò rinunziato tacitamente alla scusa, ch'era anche per loro puramente facoltativa.

Ammessa, come a noi sembra da ammettersi, una tale differenza sostanziale tra i due ordini delle scuse stabilite dai predetti articoli; è poi chiarissima la profonda diversità corrispondente nelle conseguenze giuridiche che ne derivano. Coloro i quali hanno bisogno di proporre al consiglio di famiglia le cause di loro scusa non sono effettivamente

dispensati, nè quindi sono esonerati dalle obbligazioni legali incombenti al tutore o al protutore, se non dal giorno in cui il consiglio medesimo abbia pronunciata la decisione colla quale ammetta la dispensa; tanto che se all'opposto il consiglio abbia rigettata la domanda, non basta il ricorso, che il richiedente porti al tribunale, per liberarlo nemmeno temporaneamente da quelle obbligazioni, e deve, pendente il giudizio sul ricorso medesimo, *continuare l'esercizio delle sue funzioni* (art. 275, § 2, codice civile). Al contrario coloro, che a tenore dell'articolo 272 sono dispensati di pien diritto dagli uffici di tutore o protutore, sono perciò stesso esonerati senz'altro da tutte le obbligazioni corrispondenti; e purchè non abbiano rinunziato alla scusa o espressamente, od anche solo tacitamente assumendo di fatto quegli uffici, non possono incorrere in veruna responsabilità per la ommissione di quegli atti a cui come tutori o protutori sarebbero stati tenuti.

Ciò che ora dicemmo ci richiama all'applicazione, da farsi pei casi contemplati nell'art. 272, di quei principii generali che già dimostrammo in ordine alla *rinunzia alle cause di scusa* da parte delle persone a cui sono concesse (1). Combattemmo in questo stesso numero l'errore, secondo noi, di considerare la disposizione dell'art. 272 come producente un *impedimento legale* all'esercizio degli uffici di tutore o di protutore; ed esponemmo le ragioni per le quali ci sembra evidente non potersi quella considerare altrimenti che come una vera *causa legale di scusa*, e ciò posto doversi conseguentemente riguardarla come meramente *facoltativa*. Ora, se è così, non può nemmeno dubitarsi che a questa, non meno che ad ogni altra facoltà, sia lecito da parte della persona, a cui essa compete, di rinunziare. A ciò esclusivamente si riduce anzi, a dir vero, il *carattere facoltativo* in una causa di scusa, qual'è quella stabilita nel-

(1) V. sopra, n. 139, pag. 632-635.

l'art. 272, che, per quanto ne parve a noi, *non ha bisogno d'essere proposta mediante domanda formale*, ma si effettua *di pien diritto*. Teniamo dunque per certo che anche la causa di scusa risultante dal predetto articolo cesserebbe *per rinunzia*, e che questa, secondo i principii generali, potrebb'essere tanto *espressa* quanto *tacita;* sicchè come dimostrante rinunzia tacita potrebbe, secondo i casi, riguardarsi anche il fatto d'avere assunte le funzioni da cui sarebbesi potuto per legge ritenersi dispensato. *Secondo i casi*, diciamo, perchè non ci sembra potersi stabilire come assoluta una tal massima; e, per esempio, se una delle persone indicate nell'art. 272 avesse momentaneamente assunto l'ufficio di tutela al fine di non lasciar questa abbandonata, ma protestando nello stesso tempo di volere approfittare della scusa ammessa in suo favore dalla legge, avesse fatto istanza al consiglio di famiglia affinchè nominasse un nuovo tutore, vedremmo tutt'altro in ciò che gli estremi d'una rinunzia alla scusa.

Importa però di non dimenticare un'avvertenza già fatta nel luogo sopra citato; che, cioè, la rinunzia, espressa o tacita che fosse, priverebbe bensì il rinunziante della facoltà di *prevalersi del diritto alla scusa*, ma non gl' impedirebbe di proporla ulteriormente al consiglio di famiglia, al quale rimarrebbe in virtù dell'art. 276 *la facoltà di accoglierla, qualora reputasse ciò conveniente per l'interesse del minore*.

Ciò che abbiam detto metterebbe in chiaro perfettamente, se non erriamo, la posizione delle cose pei casi in cui qualcuna delle cause di scusa previste nell'articolo 272 preesistesse all'assunzione dell'ufficio di tutore o di protutore da parte d'una delle persone ivi indicate. Rimane però ancora possibile un'altra ipotesi; che cioè una di quelle cause sia sopravvenuta dopo che l'esercizio di tale ufficio fosse stato già incominciato da una delle persone predette. Potrà questa allora prevalersene per esimersi dal continuare nelle funzioni già assunte? Considerando la questione sotto il solo aspetto razionale, sarebbe forse difficile trovare

motivi per porre seriamente in dubbio l'affermativa. Le stesse ragioni, per cui una di tali cause preesistendo dispensa dall'assumere l'ufficio di tutore o di protutore, non stanno forse ugualmente per liberarne colui a favore del quale una simile causa sia sopravvenuta? Forsechè l'eminenza della carica conferita a quella persona, o la conciliabilità, o non, dei doveri che ne derivano, con quelli che sono proprii degli uffici di tutore o di protutore, dipendono dal tempo in cui la persona sia stata investita della carica stessa? Nondimeno il dubbio potrebbe sorgere dai termini della legge; ponendo mente a ciò, che nell'articolo 272 non è detto come nell'art. 273, che le cause di scusa ivi previste dispensino *dall'assumere o dal continuare* l'esercizio della tutela o dell'ufficio di protutore. Fondandosi appunto su questa osservazione, qualche commentatore ha affermato che " chi nel corso della tutela fosse insignito d'alcuna di " quelle dignità, o di alcuno dei gravissimi uffici specifi- " cati nell'art. 272, e volesse perciò rassegnare la tutela, " *non potrebbe esigerlo per forza di diritto*. La legge non " sosterrebbe la sua pretesa; ma soccorre un nuovo rego- " lamento pieno di saggezza, che s'incontra nell'arti- " colo 276 " (1). Così, secondo questo scrittore, l'art. 272 supporrebbe indispensabilmente la preesistenza delle cause di scusa ivi determinate, nè sarebbe punto applicabile al caso in cui fossero sopravvenute durante la tutela; sicchè non solo il tutore o protutore, che fosse elevato ad una di quelle dignità, non sarebbe scusato *ipso jure* dal continuare nelle funzioni tutelari che esercitava, ma neppure avrebbe il diritto di ottenerne dispensa dal consiglio di famiglia. Potrebbe bensì farne domanda, ma il consiglio avrebbe facoltà di respingerla, se ciò reputasse più conveniente nell'interesse del minore, essendo l'articolo 276 e non il 272 che dovrebbe avere applicazione. E in una tale idea sembra che concordi anche un altro scrittore (2).

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 276, vol. I, § 604, pag. 960.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 254.

Altri però manifestarono contrario avviso (1), e per quanto pare a noi, giustamente. Quantunque nell'art. 272 non sia dichiarato in precisi termini, come nel 273, che le cause di scusa ivi accennate dispensino *tanto dall'assumere quanto dal continuare l'esercizio* degli uffici di tutore o di protutore, ciò però risulta abbastanza dalla generalità stessa delle espressioni dell'art. 272, che parla in modo assoluto di *dispensa dagli uffici di tutore o di protutore*, senza distinguere se di tali uffici sia cominciato, o no, l'esercizio allorchè quelle cause di scusa si verifichino. D'altronde questa interpretazione è necessaria per non porre la legge in una manifesta contraddizione, come avverrebbe ritenendo che una scusa per cause più importanti, quali sono quelle ammesse dall'art. 272, avesse effetti più limitati dell'altra che dipendesse dalle cause meno gravi previste nel successivo art. 273.

Pel caso in cui venisse in seguito a cessare quella, delle cause previste dall'art. 272, per la quale fosse stato esercitato il diritto di scusa, si presenta ancora qualche dubbio da risolvere. Potrebbe allora la persona stessa, che si era prevalsa della scusa, reclamare l'ufficio tutelare a cui s'era sottratta? O potrebbe chi era stato sostituito in quell'ufficio pretendere d'esserne esonerato? Non sembra però da esitare a rispondere negativamente sì all'uno che all'altro quesito. Il codice Francese, dopo avere determinate, come il nostro nell'art. 272, alcune funzioni pubbliche, le quali scusavano dalla tutela, soggiungeva nell'art. 431, § 2, che “ cessate quelle funzioni, se il nuovo tutore reclamasse la sua liberazione, oppure se il primo tutore ridomandasse la tutela, potesse questa essergli nuovamente conferita dal consiglio di famiglia „. Tuttavia ciò non dava un vero diritto nè all'antico tutore di riprendere le funzioni da cui si era scusato, nè al nuovo di essere liberato, ma semplicemente rendevasi ammissibile per l'una e per l'altra

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 596; Ricci, vol. I, n. 404.

parte una domanda, che il consiglio di famiglia aveva libera facoltà di accogliere o rigettare. Ma ad ogni modo, neppure una simile disposizione essendo stata riprodotta nel nostro codice, null'altro ci resta che ricorrere ai principii generali; pei quali sembra certo, che sostituito a quello, che fu scusato, un nuovo tutore o protutore, non sia ammissibile il primo, per ciò solo che sia venuta a mancare la causa per la quale ottenne scusa, a richiedere che l'ultimo abbia a cessare dalle funzioni che gli furono affidate, senza che siasi verificata rispetto a lui alcuna delle cause che a norma di legge fanno luogo a cessazione relativa della tutela (1). E sembra certo altrettanto, che chi fu legalmente scusato da un ufficio tutorio, non possa essere costretto a riassumerlo, per ciò solo che la causa per la quale aveva riportato dispensa sia venuta a mancare; qualora d'altra parte tale ufficio non sia ridivenuto vacante per qualcuna delle cause ordinarie, che a norma di legge abbia potuto far cessare il nuovo tutore o protutore dalle funzioni di cui era stato investito. L'argomento che per l'opinione opposta taluno volle trarre dalla disposizione dell'art. 274, § 2, codice civ. (2), non ci sembra fondato; poichè quella disposizione è eccezionale, e non estendibile quindi ad altri casi che quello espressamente contemplato, di un estraneo, il quale sia stato costretto ad assumere la tutela per la dispensa ottenutane da un parente od affine del minore, residente nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela, e chieda poi d'esserne esonerato allorchè la causa per cui il parente o l'affine era stato dispensato sia venuta a cessare.

Del resto, la nostra legge provvede abbastanza per ogni caso colla disposizione generale dell'art. 276. In virtù di essa, quando la persona, dispensata dalla tutela per una delle cause previste nell'art. 272, cessasse dalle funzioni

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 596.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 404 in fine.

che avessero dato luogo alla scusa, la persona stessa potrebbe riprendere le funzioni tutelari, a condizione che chi le era stato sostituito consentisse a rassegnare il proprio ufficio, e il consiglio di famiglia reputasse opportuno per l'interesse del minore di accettare la dimissione dell'uno e nominare l'altro. Parimenti se fosse chi era stato sostituito al dispensato nell'ufficio di tutore o protutore, che desiderasse di liberarsene, egli potrebbe farne domanda al consiglio; il quale riconoscendo ciò conveniente per l'interesse del minore avrebbe facoltà di dispensare il richiedente, e rinominare chi era stato scusato a norma dell'art. 272.

141. Passando ora ad occuparci delle cause di scusa che non hanno effetto di pien diritto, come quelle stabilite dall'art. 272, ma abbisognano d'essere dichiarate per decisione del consiglio di famiglia, al quale perciò dev'essere rivolta congrua istanza dalla persona che di tali cause di scusa voglia prevalersi; è opportuno ricordare, innanzi tutto, che esse si suddividono in altri due ordini subalterni, come in un numero precedente abbiamo avuta occasione di avvertire (1).

Alcune attribuiscono alla persona in favore della quale si avverano, un vero *diritto di ottenere dispensa;* e sono quindi facoltative solo in riguardo alla medesima persona, e non pel consiglio di famiglia a cui essa proponga la sua domanda; e tra queste ancora, che generalmente dànno diritto ad essere dispensato tanto dall'assumere, quanto dal continuare l'esercizio delle funzioni di tutore o di protutore (art. 272 cod. civ.), ve ne ha però qualcuna che fa luogo a *scusarsi dall'accettare tali uffici*, ma non ad esimerne chi ne abbia già cominciato l'esercizio (art. 274, § 1, cod. civ.).

Altre poi non dànno propriamente *diritto di essere dispensati;* e sono quindi *facoltative* non solo relativamente alla persona che può invocarle, ma *anche da parte*

(1) V. sopra, n. 139, pag. 626 e segg.

del consiglio di famiglia, il quale può a suo prudente criterio concedere o negare la dispensa; e queste sono considerate negli articoli 274, § 2, 276 cod. civile.

Limitando per ora le nostre indagini alla prima delle accennate due categorie, innanzi di addentrarci nei particolari riguardanti ciascuna delle cause che vi sono comprese, reputiamo opportuno richiamare i principii fondamentali che sono comuni ad esse tutte, affinchè possiamo farne base agli studi ulteriori che ci proponiamo in questo argomento, e trarne eziandio l'interpretazione del primo paragrafo dell'art. 273.

Abbiamo pur ora ripetuta l'osservazione, che dalle cause di scusa contemplate nell'art. 273 e nel § 1 dell'art. 274 è carattere distintivo questo, ch'esse sono *facoltative* dal lato soltanto delle persone che a norma di legge possono prevalersene, e non pel consiglio di famiglia; il quale pertanto, dato che gli fosse proposta una domanda di scusa fondata sulla reale esistenza d'una di quelle cause legali, non potrebbe decidere negativamente per qualunque motivo, fosse pur questo di massimo interesse pel minore. E tale infatti è il senso incontestabile di quelle parole dell'art. 273: *hanno diritto d'essere dispensati* ecc.

Abbiamo notato pure, ciò che, del resto, è espresso letteralmente nel testo, che le cause di scusa previste nell'articolo 273 dànno diritto ad essere dispensati *dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela o l'ufficio di protutore*. Intorno a che, però, non è da dimenticarsi un'avvertenza già fatta in altro luogo (1), che mentre la dispensa *dall'assumere* quelle funzioni suppone imprescindibilmente ed evidentemente la *preesistenza* d'una delle cause di scusa determinate nel predetto art. 273; affinchè si faccia luogo a *scusarsi dal continuare l'esercizio di tali uffici* è necessario supporre invece che una di quelle cause sia *sopravvenuta*. Che se, non ostante la *preesistenza* di quella causa di scusa,

(1) V. sopra, 139, pag. 636, 637.

il tutore o protutore, che avrebbe potuta allegarla, avesse di fatto assunto volontariamente e definitivamente il proprio ufficio, avrebbe con ciò stesso *rinunziato tacitamente alla scusa*, alla quale perciò non potrebbe più allegare alcun *diritto;* e se nondimeno potrebbe ancora *domandare d'essere dispensato*, rimarrebbe però del pari *facoltativo pel consiglio di famiglia* l'accogliere o il respingere tale domanda, secondo che reputasse conveniente *per l'interesse del minore*, a norma della disposizione generale dell'art 276, che solo sarebbe in tal caso applicabile.

Questo, che avviene allorquando il tutore o protutore, al quale sarebbe spettato il diritto di scusa, vi abbia tacitamente rinunziato coll'assumere le funzioni da cui avrebbe potuto esimersi, si ripeterebbe allo stesso modo quando si trattasse d'una rinunzia tacita, che risultasse da qualunque altro fatto valutabile a prudente giudizio dell'autorità decidente, cioè del consiglio di famiglia, ed anche del tribunale in caso di ricorso; ed a maggior ragione dovrebbe applicarsi quando si trattasse d'una *rinunzia espressa*. Dal che tutto si può conchiudere che nei casi dell'art. 273 *la rinunzia espressa o tacita estingue il diritto alla dispensa, e trasforma questa in facoltativa anche da parte del consiglio di famiglia.*

Non vogliamo peraltro dissimulare una obbiezione assai grave, che contro questa massima può trarsi dal testo del predetto articolo. Esso stabilisce " *il diritto* d'essere dispen- " sati dall'assumere O DAL CONTINUARE l'esercizio della tutela " e dall'ufficio di protutore „ e tra le cause da cui fa dipendere tale diritto ne annovera poi alcune delle quali è impossibile il supporre che *sopravvengano*, come quelle indicate ai num. 1 e 5. Ora, se queste pure dànno diritto a scusarsi non solo dall'assumere, ma ancora *dal continuare* l'esercizio degli uffici di tutore o di protutore, si sarebbe dunque costretti ad ammettere che l'averli accettati quando già esisteva la causa di scusa, non togliesse il diritto di esonerarsene più tardi; che quindi non avesse alcuna

efficacia questa specie di *rinunzia tacita* alla scusa, il che posto, non dovrebbe neppure attribuirsi valore alla rinunzia espressa. L'argomentazione sarebbe certamente irrefutabile qualora si dovesse ammettere che il primo paragrafo dell'art. 273 si riferisse in ogni parte a tutte indistintamente le cause di scusa che vi sono enumerate. Se non che pare a noi preferibile, secondo le buone regole d'interpretazione, il ritenere che in quel primo paragrafo dell'articolo 273, parlando di diritto a *dispensa dal continuare* nell'esercizio della tutela, siasi inteso di riferirsi a quelle sole, tra le cause di scusa successivamente enunciate, le quali *possano sopraggiungere*, anzichè supporre che siasi voluto derogare al principio di ragione che ognuno possa rinunziare validamente ad un benefizio introdotto per suo privato vantaggio.

Quanto poi alla causa di scusa prevista nell'art. 274, § 1, abbiamo notato, e ciò pure è confermato espressamente nel testo di questa disposizione, che essa non dispensa mai fuorchè *dall'accettare la tutela o l'ufficio di protutore*. Dal che vedemmo derivare, che se anche quella causa potesse dirsi *sopravvenuta a tutela incominciata*, perchè solamente dopo essersi assunto l'ufficio dall'estraneo avesse preso residenza, nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela, un parente od affine del minore, tuttavia l'estraneo non potrebbe pretendere d'essere esonerato dall'ufficio assunto; e per maggior ragione non potrebbe accampare una tale pretensione qualora essendo già prima residente in quel territorio un parente od affine del minore, avesse nondimeno accettato l'ufficio, e rinunziato così tacitamente alla scusa; salvo sempre, sì nell'un caso che nell'altro, a norma dell'art. 276, il potersi *facoltativamente* dal consiglio di famiglia dispensare questo estraneo dall'ufficio di tutore o protutore, ch'egli consentisse a rassegnare, qualora ciò fosse riconosciuto conforme all'interesse del minore.

Ma dal medesimo principio deriverebbe inoltre, se non erriamo, una conseguenza ulteriore; che, cioè, quand'anche

essendo realmente preesistente la causa ammessa nell'articolo 274, § 1, dal fatto d'avere l'estraneo assunto l'ufficio di tutore o di protutore non potesse dedursi la rinunzia tacita al benefizio del predetto articolo, quel solo fatto basterebbe però a privarlo *del diritto di scusa*, che gli derivava dalla presenza d'un parente od affine del minore. Supponiamo che l'estraneo nominato tutore o protutore ignorasse che nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela risiedesse un parente od affine del minore, capace di assumere quelle funzioni e non dispensato per causa legittima. In tale condizione di cose sarebbe al certo fuori di luogo il voler vedere nel fatto dell'accettazione di quell'ufficio una *rinunzia tacita* alla scusa che gli spettava. Nondimeno non gli sarebbe più lecito di allegare tardivamente questa causa di scusa, per la quale la legge ammette soltanto *non potersi costringere l'estraneo ad accettare la tutela o l'ufficio di protutore*. D'altronde, se nemmeno *il sopravvenire* d'una tal causa varrebbe ad esonerare il tutore o protutore estraneo dal continuare l'esercizio delle sue funzioni, molto meno deve poterlo liberare la stessa causa preesistente e solamente *scoperta dopo*. E se, giusta il secondo paragrafo del medesimo art. 274, la cessazione delle cause, per cui il parente od affine del minore sia stato dispensato, non dà *diritto di scusa* all'estraneo che abbia assunto l'ufficio di tutore o protutore, ma unicamente attribuisce al consiglio di famiglia *la facoltà di poternelo liberare*; sarebbe evidentemente incongruo che quando un parente od affine capace e non dispensato avesse fin da principio risieduto nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela, e l'estraneo ignorando ciò avesse assunto l'ufficio di tutore o protutore, gli competesse poi *il diritto d'essere dispensato dal continuare*. Ciò non toglie ch'egli possa ancora ottenere la sua liberazione, ma *facoltativamente dal consiglio di famiglia*, e a norma della disposizione generale dell'art. 276.

142. Le prime delle cause, per le quali la legge attribuisce al tutore od al protutore il *diritto di scusarsi*, sono fondate sulle condizioni fisiche della persona, che potrebbero renderle troppo grave l'esercizio di quegli uffici; ond'è lasciato alla persona stessa, secondo il giudizio che essa faccia delle proprie forze, il decidersi a sostenere o ricusare l'incarico.

Sotto questo aspetto è accordata in primo luogo la dispensa alle " donne che possono essere tutrici „ (art. 273, n. 1). Le *ascendenti* o le *sorelle germane non maritate* (art. 268, n. 1), che siano chiamate per disposizione d'ultima volontà del genitore del minorenne, o per deliberazione del consiglio di famiglia, agli uffici della tutela o della protutela, hanno dunque il diritto di scusarsene. Nella Relazione del progetto del Ministro Pisanelli, dopo avere esposti i motivi delle eccezioni fatte alla regola d'incapacità delle donne alla tutela, si soggiungeva:

" In ogni caso possono però le donne rinunziare alla " tutela Se la legge non doveva stabilire presunzioni " generali sfavorevoli alle donne, doveva però lasciare a " loro medesime il giudizio della propria capacità „ (1).

Un'altra causa di scusa è per " coloro che abbiano l'età " di sessantacinque anni compiuti „ (art. 273, n. 2).

Secondo il codice Francese (art. 433), il Napoletano (art. 355) e l'Albertino (art. 292) " qualunque persona in " età d'anni sessantacinque compiti poteva ricusare d'es- " sere tutore. Chi fosse stato nominato prima di tale età, " poteva a settant'anni farsi liberare dalla tutela „. Così era stabilita una differenza importante tra la scusa *dall'assumere* e *dal continuare* la tutela. Il tenore della disposizione lasciava luogo a più questioni ch'erano controverse: se la dispensa dal continuare l'esercizio della tutela, per chi nominato prima di sessantacinque anni compiuti fosse giunto ai settanta, fosse applicabile soltanto alla tutela

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 28.

testamentaria e dativa, od anche alla tutela legittima: se anche i settant'anni dovessero essere compiuti (il codice Albertino risolveva però espressamente il dubbio in senso affermativo): se la persona, che chiamata alla tutela dopo aver già compito il sessantacinquesimo anno l'avesse assunta, potesse ancora, giunta che fosse ai settant'anni, dispensarsi dal continuare l'esercizio di quell'ufficio.

Tutte queste quistioni sono evitate nel nostro codice; dal quale è prefissa una sola età, *di sessantacinque anni compiuti*, che scusa tanto *dall'assumere* quanto *dal continuare l'esercizio della tutela e della protutela*, senza distinguere da qual causa sia derivato il conferimento di tali uffici. Così non può esser dubbio che tale scusa possa essere allegata tanto da un tutore o protutore testamentario o dativo, quanto da un tutore legittimo. Essendo espresso che i sessantacinque anni debbano essere *compiuti*, è incontestabile che la scusa non potrà addursi se non quando sia finito l'ultimo giorno del sessantacinquesimo anno di età. Essendo dichiarato, in fine, che per questa causa si può scusarsi *dall'assumere o dal continuare l'esercizio degli uffici di tutore o di protutore*, è certo che chi sia entrato in funzione quando non aveva ancora compiuti i sessantacinque anni, giunto che sia a questa età avrà diritto di essere dispensato. Ma chi, avendo già in proprio favore la scusa legale d'età al tempo in cui cominciò l'esercizio delle sue funzioni, non ne ha approfittato, ha perduto per rinunzia *il diritto alla scusa;* e quantunque possa ancora domandare dispensa, rimane però *in facoltà del consiglio di famiglia* di concederla, o no, a norma dell'art. 276, cioè secondo che il consiglio medesimo reputi opportuno *per l'interesse del minore*, avuto riguardo specialmente alla crescente insufficienza della persona al disimpegno dell'ufficio assunto, man mano che si aggrava l'età. Quest'applicazione d'una massima, che già altrove dimostrammo (1) in

(1) V. sopra, n. 139, pag. 635.

base alla nuova disposizione dell'art. 276 del nostro codice, toglie di mezzo la difficoltà opposta da coloro, i quali sotto le citate legislazioni anteriori opinavano che anche chi avesse assunto la tutela rinunziando alla scusa che poteva allegare, conservasse il diritto di ottenere dispensa in età più avanzata. Notavano essi l'assurdità di ritenere che chi in età ancor valida avesse accettata la tutela, dovesse inevitabilmente continuarla anche quando l'inoltrarsi della vecchiezza lo rendesse impotente all'esercizio di quelle funzioni. Un tale assurdo non s'incontra certamente nella nostra legge; poichè il consiglio di famiglia può sempre dispensare il tutore o il protutore, che vi consenta, qualora ciò si riconosca utile pel minore. Nè d'altra parte è assurdo, anzi è perfettamente conforme ai principii, che chi avendo diritto ad esimersi da un carico lo abbia volontariamente assunto, siasi con ciò spogliato efficacemente, per quanto riguarda il suo particolare interesse, del diritto ad essere scusato.

In terzo luogo hanno diritto d'essere dispensati “ quelli “ che siano affetti da grave e permanente infermità „ (art. 273, n. 3, codice civile).

La *gravità* dovrebbe essere giudicata, naturalmente, con riguardo anche alla entità della tutela da cui si chiede dispensa, ed alla gravezza dei carichi derivabili dall'esercizio dell'ufficio da cui si vuole esonerarsi. La *permanenza* esclude le affezioni accidentali e passeggiere, come ferite e malattie acute; ma non si può confondere coll'assoluta inguaribilità, che non è richiesta. Sì intorno all'uno che all'altro punto la questione è di puro fatto, rimessa quindi alla prudenza del consiglio di famiglia e del tribunale, se a questo si faccia ricorso.

Anche qui non è dubbio, per la disposizione testuale della legge, che se una grave e permanente infermità sopraggiunga al tutore o al protutore durante l'esercizio delle sue funzioni, ciò gli dà diritto di dispensarsene. Ma sembra pure da ritenersi che dopo avere volontariamente

assunto l'ufficio, egli non sarebbe ammesso ad allegare come scusa una grave e permanente infermità preesistente alla sua accettazione, se non per farne base ad una *dispensa facoltativa* da concedersi dal consiglio di famiglia qualora lo giudicasse necessario per l'interesse del minore. Che se invece allegasse e provasse un aggravamento, avvenuto durante la tutela, d'una infermità che già lo affliggesse prima che accettasse l'ufficio, non ostante che quella infermità fosse stata sin d'allora permanente e grave tanto da dargli diritto d'essere dispensato, potrebbe tuttavia reclamare codesto diritto, senza che ostasse l'accettazione da lui prima emessa; poichè l'aggravamento verificatosi nella malattia costituirebbe realmente una causa *sopravvenuta* di scusa.

143. È scusato dalla tutela *il padre di cinque figli viventi* (art. 273, n. 4, codice civile).

Non è senza interesse il determinare, prima di tutto, quale sia il vero motivo che possa ritenersi come fondamento di questa disposizione. Pensiamo che il concetto di un privilegio, dato quasi in premio a chi abbia procreato molti figli, sarebbe il meno conforme agl'intendimenti manifestati dal nostro legislatore; poichè in tutte le cause di scusa, ch'egli ha ammesse, ebbe sempre in vista o l'alta dignità in cui si trovi costituita la persona, e che renda disadatto a lei un ufficio che la costituirebbe in dipendenza d'un consiglio di famiglia, o la inconciliabilità degli uffici della tutela con funzioni pubbliche importanti, di cui la persona sia investita, o le condizioni speciali in cui si trovi e che le facciano essere troppo gravoso o difficilmente e non abbastanza utilmente esercibile un ufficio tutorio; ma non considerò mai la dispensa come un favore da concedersi per una causa privilegiata qual che si fosse. Neppur si può ricorrere all'idea che siasi voluto esonerare il padre, siccome già gravato dell'educazione dei figli, e meritevole quindi almeno dello stesso riguardo che la legge

usa a *chi sia già incaricato d'una tutela;* giacchè il testo dell'art. 273, n. 4, non fa distinzione se i figli di chi invochi dispensa dalla tutela altrui siano minori o maggiori di età. Resta dunque soltanto che il legislatore abbia preso in considerazione le cure e gli oneri, di cui è generalmente aggravato chi abbia una figliuolanza numerosa, anche dopo che sia liberato dai doveri della patria potestà civile; e su ciò siasi fondato nell'esonerare questo padre di famiglia da una tutela estranea (1).

Il codice Francese (art. 436), il Napoletano (art. 358), il Parmense (art. 218), l'Albertino (art. 296), l'Estense (art. 249) annoverando pure tra le cause di scusa *il numero di cinque figli* aggiungevano che questi dovessero essere *legittimi*. Nel nostro codice non essendosi dichiarata necessaria una tale qualità, ed essendosi parlato in genere del *padre di cinque figli*, reputeremmo potersi comprendere nel numero anche i *figli naturali legalmente riconosciuti;* tanto più che anche verso questi il padre ha obbligazioni civili, le quali possono rendere applicabile a lui pure il motivo sopra indicato della dispensa. Che se poi si trattassse di figli naturali minori di età, basterebbe anzi un solo, su cui il padre avrebbe la tutela legale stabilita dall'art. 184, per rendere applicabile in favore del padre stesso l'altra causa di dispensa ammessa dal successivo n. 5 del medesimo art. 273. La massima predetta, che a noi sembra preferibile, è stata infatti adottata da qualcuno dei commentari del codice nostro (2); sebbene qualche altro abbia seguìto l'insegnamento contrario degli autori francesi, che però era appoggiato, come notammo, ad una diversa disposizione testuale di quel codice (3).

Gl'interpreti del codice Napoleone ritenevano non potersi computare gli adottivi nel numero dei cinque figli, che

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 273, vol. I, § 599, n. 954.
(2) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 256.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 597, 4.

dava luogo a dispensa da una tutela estranea (1). E questa opinione, accolta pure da uno scrittore nostro (2), ci sembra accettabile; per la precipua ragione che gli adottati non sono parificabili ai figli legittimi se non in quanto la legge lo abbia espressamente e particolarmente disposto, e perchè d'altro lato si versa qui in materia di eccezione, nella quale perciò il testo della legge vuol essere interpretato ed applicato in senso restrittivo, anzichè estensivo. Nè ci persuadono gli argomenti addotti in contrario da un altro scrittore (3). Si afferma che la espressione della legge *è generale;* ma essa parla di *figli*, e tali sono veramente gli adottati. Si osserva che anche verso questi l'adottante ha l'obbligo di educarli. Ma la massima, qualora si ammettesse, varrebbe per qualunque adottato, il quale potrebb'essere, e sarebbe forse più spesso, maggiore di età.

Il testo dell'art. 273, n. 4, parla del *padre di cinque figli viventi*. È dunque indispensabile che il figlio da contarsi in questo numero sia *già nato* ed *esista ancora* al tempo in cui si chieda dispensa dalla tutela altrui. Il concepito non potrebbesi in ciò parificare al nato; perciocchè una tale finzione non è ammessa fuorchè nell'interesse del concepito medesimo, mentre qui tratterebbesi dell'interesse del padre per esonerarlo da una tutela. In ciò tutti gli autori sono d'accordo (4). Il figlio che fosse premorto non potrebb'essere considerato nel numero di quelli che fanno luogo a dispensa dalla tutela in favore del padre, com'è dichiarato espressamente nella legge nostra. Da ciò stesso, però, può nascere un dubbio, pel

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 107, n. 9, n[a] 19; Demolombe, t. VII, n. 438.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, l. c.
(3) V. Buniva, op. cit., pag. 255.
(4) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, pag. 338; Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 341; Marcadé, art. 436, t. II, n. 226; Demolombe, t. VII, n. 436; Aubry et Rau, t. I, § 107, n. 9, n[a] 20; Laurent, t. IV, n. 507; Buniva, vol. II, pag. 256; Borsari, *Comm.*, art. 273, § 599, pag. 954, n[a] 1; Ricci, vol. I, n. 405.

caso che d'uno dei cinque figli, che il tutore o protutore avrebbe, non sia provata la morte, ma solo ne sia incerta l'esistenza attuale, a cagione di assenza o presunta o dichiarata. Basterà ciò perchè quel figlio non debba contarsi all'effetto di esonerare il padre dalla tutela altrui, alla quale sarebbe chiamato? È stato insegnato da un autore francese che debba distinguersi l'assenza presunta dalla dichiarata, e in questo secondo caso suddistinguersi se il possesso dei beni dell'assente, ottenuto dai presunti eredi di lui, sia *temporaneo* o *definitivo;* ritenendo che nell'ultima ipotesi soltanto il figlio assente non debba far numero (1). Tale opinione fu abbracciata, senz'altra considerazione, da qualcuno degli scrittori nostri (2). Confessiamo tuttavia, quanto a noi, di non sapere scorgere una ragione sufficiente a cui appoggiarla. Il giureconsulto francese prendeva a base una teoria, che a noi parve erronea, intorno all'assenza; ritenendo che allorchè questa sia semplicemente *presunta*, l'assente abbiasi a reputare ancora vivo, mentre invece nello stadio della *dichiarazione d'assenza* egli abbia a presumersi morto. A noi sembrò dimostrato che in nessuno degl'indicati periodi sia stabilita veramente una *presunzione legale*, nè di vita, nè di morte dell'assente, ma sovra ambidue domini la incertezza intorno all'esistenza di lui (3). E la conseguenza di ciò, in ordine alla questione che ci occupa, sarebbe molto ovvia. Il tutore o il protutore, che chiedendo dispensa per la causa prevista nel n. 4 dell'art. 273, invoca una eccezione alla regola generale, per cui sarebbe obbligato all'esercizio di quell'ufficio, dovrebbe provare pienamente l'esistenza di quella causa ch'egli adduce, cioè di essere *padre di cinque figli viventi.* Or questa prova essendogli impossibile, perchè uno dei cinque figli essendo assente,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 439.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 597, 4, n. 6; Buniva, op. cit., pag. 256.
(3) V. in questo *Corso* il vol. IV, al n. 163, pag. 609.

sia pure *per assenza soltanto presunta*, è affatto incerta l'esistenza di lui, la domanda di dispensa dovrebbe dunque essere respinta. D'altronde anche chi propugni la teoria, che l'assente presunto abbia a ritenersi ancora vivente, sarà autorizzato a dedurne che in questo stadio l'assenza d'uno dei cinque figli non pregiudichi al padre nel diritto d'essere dispensato dalla tutela o dall'ufficio di protutore; ma dovrebbe ammettere almeno che quando l'assenza del figlio fosse dichiarata giudizialmente, il padre non potesse più invocare l'esistenza di lui per iscusarsi dalla tutela. Che importerebbe se l'immissione in possesso dei beni dell'assente, accordata ai presunti eredi di lui, fosse soltanto *temporanea* anzichè *definitiva?* Coloro che sostengono il concetto d'una *presunzione legale di morte* dell'assente, dicono bensì che quella presunzione diviene *definitiva* quando definitivo è il possesso degli eredi, ma riconoscono che fin dal tempo della immissione temporanea la predetta presunzione ha cominciato ad esistere e su ciò reputano fondata quella specie di *apertura provvisoria della successione*, che ha luogo nel primo periodo dell'assenza dichiarata. Or se il figlio dichiarato assente, quantunque i suoi beni fossero dati in semplice possesso temporaneo agli eredi, *avrebbe a presumersi morto*, e se d'altra parte il padre, che per iscusarsi dalla tutela dovrebbe provare di aver *cinque figli viventi*, mancherebbe d'ogni mezzo per combattere efficacemente quella presunzione, che altro ne conseguirebbe, se non di dovere inevitabilmente respingere la domanda di dispensa del padre stesso?

Alla regola che il figlio premorto non sia da contare nel numero dei cinque, pei quali il padre ha diritto di scusarsi dall'ufficio di tutore o di protutore, alcuni dei codici, che ebbero vigore in Italia prima dell'attuale, facevano due eccezioni, e così:

1° pel figlio che fosse morto in attività di servizio militare;

2° per quello che avesse lasciati figli propri attualmente esistenti (art. 436 codice Francese, 359 codice Napoletano, 296 codice Albertino).

La prima soltanto delle predette eccezioni fu ammessa nel codice Italiano, essendosi dichiarato nel n. 4 dell'articolo 273 che “ i figli morti in attività di servizio nell'eser-“ cito nazionale di terra o di mare saranno computati per “ far luogo alla dispensa „. Da ciò stesso parrebbe potersi dedurre con sicurezza che l'altra eccezione sia esclusa dalla nostra legge, e che perciò chi non abbia *cinque figli viventi* non sia in diritto d'essere scusato, ancorchè abbia discendenti dal figlio o dai figli premorti. Con una massima diversa si verrebbe infatti ad estendere una causa di scusa al di là dei limiti in cui l'ha determinata la legge; e una tale estensione è inammissibile in materia, quale è questa, di stretto rigore. Nondimeno, se ciò è stato adottato da alcuno dei commentatori del nostro codice (1), parve ad altri assai dubbio (2). Si addusse doversi intendere generalmente compresi sotto il nome di *figli* anche i *discendenti;* esservi d'altronde la stessa ragione perchè questi, *rappresentando il padre loro*, abbiano a concorrere in luogo di lui a produrre in favore dell'avo il diritto alla scusa dalla tutela. Ma se è giusto, allorchè la legge, stabilendo per un dato rapporto giuridico una regola generale, abbia parlato dei *figli*, interpretarla nel senso che siasi voluto contemplarvi anche i *discendenti*, non sembra conforme ai principii il ritenere altrettanto qualora in luogo d'una regola generale si tratti d'una eccezione, come appunto nel caso in disputa. Nè par nemmeno allegabile una vera identità di motivi; giacchè le cure, che incombono inevitabilmente al padre verso i figli, non sono ugualmente comuni all'avo verso i nipoti, ai quali generalmente potrà e dovrà provvedere l'altro loro genitore

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 597, n° 5; Buniva, vol. II, pag. 255.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 273, vol. I, § 599, pag. 954.

superstite. Aggiungasi che se questi nipoti siano minori di età, o l'avo ne sarà tutore legittimo, e ciò stesso gli varrà scusa da un'altra tutela, a tenore del successivo numero quinto del medesimo articolo 273: o non ne sarà egli il tutore, e ciò diminuirà le ragioni di considerare i nipoti come rappresentanti il defunto loro genitore nel dar causa alla dispensa dell'avo dalla tutela altrui. Che se in casi particolari l'esistenza di figli lasciati dal figlio premorto cagionasse per l'avo tali cure da rendergli malagevole l'esercitare colla debita attività e diligenza l'ufficio di tutore o di protutore per altri, la nostra legge offrirebbe mezzo bastante per riparare ad ogni inconveniente colla disposizione generale dell'art. 276.

Quanto poi all'unica eccezione, che la nostra legge ha fatto alla regola, secondo cui il figlio premorto non può essere contato per la dispensa del padre dalla tutela o protutela; basterà solo il notare che quella eccezione riguarda *i figli morti in attività di servizio nell'esercito nazionale di terra o di mare*, senza distinguere se essi prestassero veramente servigio d'armi o fossero impiegati militari; nè se la morte sia avvenuta per occasione del servizio medesimo, od anche per causa indipendente da esso.

Il codice Francese (art. 437), quello pel regno delle Due Sicilie (art. 359) e l'Albertino (art. 297) dichiaravano che “ la sopravvenienza dei figli durante la tutela non “ potesse autorizzare ad abdicarla „. Presso noi è comune anche a questo caso la regola generale stabilita in principio dell'articolo 273: che le cause di scusa ivi contemplate dànno diritto a dispensarsi tanto *dall'assumere* la tutela e la protutela, se quelle cause siano preesistenti, quanto *dal continuare* l'esercizio dei predetti uffici, se quelle cause sopravvengono. Se dunque il numero di *cinque figli viventi* si completasse durante l'esercizio dell'ufficio, il tutore o protutore che lo esercitasse avrebbe diritto ad esonerarsene. Ma se avesse già avuto cinque

figli viventi, e nondimeno avesse volontariamente assunte quelle funzioni, non avrebbe più *diritto a scusarsi dal continuarle;* e solo potrebbe ricorrere al consiglio di famiglia invocando l'applicazione dell'art. 276 per una *dispensa facoltativa.*

144. Le stesse legislazioni che abbiamo sopra ricordate stabilivano che “ due tutele sono per chiunque un “ giusto motivo di dispensa dall'accettarne una terza „ (codice Francese art. 435, codice pel regno delle Due Sicilie art. 357, cod. Albertino art. 294); e disposizioni simili si leggevano pure nel codice Parmense (art. 218, n. 3) e nell'Estense (art. 249, n. 3).

A tale proposito notavano i commentatori che si dovesse considerare il *numero dei patrimoni amministrati* in qualità di tutore, non quello delle persone soggette ad una stessa tutela (1). Questa osservazione, per quanto fosse giustissima, non ha però la stessa importanza per noi; dappoichè secondo il nostro art. 273, n. 5, ha diritto di essere dispensato dall'esercizio della tutela e dall'ufficio di protutore *chi sia già incaricato di una tutela.* Chi esercita un'amministrazione tutelare soddisfa già abbastanza, secondo il retto giudizio dato dal nostro legislatore, al gravissimo carico che per interesse pubblico gli si è dovuto imporre; nè può essere costretto ad assoggettarsi ulteriormente all'onere d'altro simile ufficio, o di quello anche solo di protutore in altra tutela. Il principio stabilito in diritto romano, ed ammesso pure dalla dottrina francese, che il numero delle tutele debba determinarsi dai patrimoni da amministrare, e non contando le persone soggette ad un medesimo tutore, non può quindi per noi avere altra applicazione utile, se non questa, del resto evidentissima per sè stessa; che essendo sempre unico l'ufficio di tutela,

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 337, nota (*b*); Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 340; Demolombe, t. VII, n. 428; Laurent, t. IV, n. 505.

non ostante che sia deferito ad una persona per più minori, i quali debbono essere soggetti alla stessa amministrazione (1), non potrebbe mai chi fosse chiamato ad una tale tutela pretendere di limitare il proprio ufficio ad uno solo dei minori che vi sarebbero sottoposti, scusandosi dalla tutela degli altri in base al disposto dall'art. 273, n. 5.

È poi fuori d'ogni dubbio, pel testo medesimo di questa disposizione, che a scusarsi dall'assumere un'altra tutela distinta basta la precedente, di cui già si abbia l'incarico, quand'anche un solo sia il minore che vi si trovi soggetto.

Si è invece sollevata questione, e si sono divise le opinioni di alcuni degli espositori del codice nostro, intorno ad un altro punto; se, cioè, l'ufficio di protutore dispensi dall'assumere quello di tutore di una diversa tutela, come quest'ultimo ufficio scuserebbe dall'assumere l'altro. E mentre taluno ha risposto decisamente che *la protutela non equivale ad una tutela* per gli effetti della scusa ammessa nel n. 5 dell'art. 273 (2), altri all'opposto hanno sostenuto che " chi è protutore ha diritto di farsi dispensare dall'as- " sumere una diversa tutela „ (3). Posta la questione in tal modo, non esiteremmo, per parte nostra, a risolverla in senso contrario a questa ultima opinione. Le cause di scusa sono determinate tassativamente dalla legge, nè sul testo di essa è lecita in questa materia una interpretazione estensiva, meno ancora poi un'argomentazione per analogia. Ora la legge dispensa dall'esercizio degli uffici di tutore o di protutore *chi sia già incaricato di una tutela*. E chi mai potrebbe, senza trascurare ogni esattezza nella corrispondenza tra le parole e il concetto, dire *incaricato di una tutela*, chi sia semplicemente investito dell'ufficio di *protutore? L'esercizio della tutela* spetta al tutore, non

(1) V. sopra, n. 15, pag. 40.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 597, 5°, nª 2.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 273, vol. I, § 600, pag. 955; Ricci, vol. I, n. 405, pag. 519, 520.

al protutore; e quando le funzioni di quest'ultimo coincidono con quelle del tutore, ciò non avviene che per una supplenza temporanea, se la tutela sia vacante o abbandonata, ovvero per affari ed atti particolari, in cui l'interesse del minore sia in opposizione con quello del tutore. È dunque evidentemente il solo ufficio di tutore, che la legge ci porta a considerare come causa di scusa, allorchè ci parla di *chi sia incaricato di una tutela*. Vi è di più; che l'opinione contraria non avrebbe neppur ragione di appoggiarsi ad un argomento di vera analogia. La scusa qui è fondata sulle cure, che chi è incaricato d'una tutela è obbligato a prestare per la persona e l'amministrazione dei beni del minore. Queste cure non sono a carico del protutore, e le incombenze che gli spettano sono lontane dal potersi pareggiare in gravità a quelle del tutore, nè basterebbero a giustificare la dispensa che egli per questa causa invocasse.

Obbietta il Borsari " che l'art. 273 nella sua parte intro-" duttiva e generale riunisce codeste *due forme*, la tutela e " la protutela, in un solo concetto di diritto „ e che " dopo " le dichiarazioni di conformità sull'ufficio del tutore e " del protutore, che si leggono nella epigrafe degli art. 272 " e 273, non sono permesse altre distinzioni „.

Ma in fondo a tutto questo argomentare non ci sembra di trovar altro che un equivoco. La nostra legge è ben lungi dal confondere in un solo concetto la tutela e la protutela, quasi che non fosse tra esse che *una differenza di forma*, mentre differiscono invece tanto profondamente e sostanzialmente nelle attribuzioni assegnate all'uno ed all'altro di codesti funzionari. Il vero è soltanto che tutela e protutela sono parificate *quanto alle cause che scusano* dall'assumerne o dal continuarne l'esercizio; ed è questo che risulta dai primi paragrafi, che l'autore cita, degli art. 272 e 273. Ma perchè *l'incarico, che già si abbia, d'una tutela*, dispensa, a norma di legge, dell'esercizio tanto d'una nuova tutela, quanto d'un'altra protutela, è forse

logico il dedurne che anche *l'incarico preesistente d'una protutela* debba scusare sì dall'uno che dall'altro di quei nuovi uffici, a cui si fosse chiamato? A noi pare evidente che no.

L'altro scrittore, che abbiamo citato, adduce a sostegno della sua opinione un motivo, che ci sembra consistere precisamente in ciò stesso che è in questione. " Colui che " è protutore può farsi dispensare, dice egli, dall'assu- " mere una diversa tutela; imperocchè se il tutore, giusta " le espressioni contenute nel primo inciso dell'art. 273, " ha diritto di farsi dispensare dall'ufficio di altra pro- " tutela, *per la stessa ragione chi è già protutore può decli-* " *nare l'incarico d'altra tutela* ".

Se non che forse, se male non ci apponiamo, i lodati due autori si son lasciati preoccupare da un'altra questione, ben diversa da quella che si proposero di risolvere. Ed è questa: il protutore, che abbia dovuto assumere l'ufficio di tutore in un'altra tutela, a cui sia stato chiamato dopo, sarà costretto a continuare nell'esercizio anche di quel primo ufficio? Se a questa domanda bisognasse rispondere affermativamente, ne sorgerebbe un argomento assai forte per la opinione che combattiamo; perciocchè sarebbe una contraddizione manifesta se chi fosse già incaricato d'una tutela avesse diritto a scusarsi dall'assumere in un'altra l'ufficio di protutore, mentre chi fosse prima investito di questo ufficio fosse obbligato a continuare ad esercitarlo non ostante che venisse dopo incaricato di un'altra tutela. Era un'osservazione simile, che veniva addotta da qualche autore francese in una questione analoga, a cui dava luogo l'art. 435 di quel codice.

In esso era disposto che " *due tutele* erano per chiunque un giusto motivo di dispensa dall'accettarne una terza ". Ora, si domandava in primo luogo, se due tutele dispensassero anche dall'accettare l'ufficio di *surrogato tutore*. E intorno a ciò pareva fondatissima la risposta affermativa, poichè l'art. 426 del codice francese dichiarava

applicabili anche ai *surrogati tutori* le stesse cause di scusa stabilite a favore dei tutori (1); quantunque qualche altro autore mettesse in dubbio anche ciò (2). Secondariamente si chiedeva, se potesse scusarsi dall'assumere una nuova tutela chi oltre ad essere incaricato d'un'altra, fosse anche già *surrogato tutore* in una terza. E qui vi era chi, tenendosi fermo al principio che le cause di scusa sono di strettissima interpretazione, ed osservando che la scusa legale era stabilita soltanto a favore di chi *fosse già incaricato di due tutele*, non ammetteva dispensa per colui che avendo prima due uffici, di tutore l'uno, di protutore l'altro, fosse chiamato ad assumere una *seconda tutela* (3); e chi invece sosteneva il diritto alla scusa, osservando che altrimenti potrebbe taluno essere incaricato di due tutele e d'un ufficio di surrogato tutore, il che si troverebbe in contraddizione colla massima che *due tutele scusassero dall'assumere un altro ufficio di tutore surrogato* (4).

Ma questa considerazione, che aveva fondamento e poteva di certo influire grandemente sulla questione, sotto un codice che considerava l'onere di due tutele come giusto motivo di dispensa soltanto *dall'accettarne una terza*, non sembra concludere a nulla in una legislazione come la nostra, che annovera l'incarico di una tutela tra le cause che dispensano *sì dall'assumere che dal continuare l'esercizio di altra tutela o protutela*. Ammettendo, infatti, come tra breve dimostreremo, che l'incarico di una tutela valga, secondo la nostra legge, per dispensare *anche dal continuare l'esercizio d'un ufficio di protutore*, di cui si fosse precedentemente investito, ogni contraddizione scomparisce. Chi, invece d'essere già incaricato d'una tutela, abbia solo un ufficio di *protutore*, non può esimersi dall'assumere una nuova tutela che gli sia deferita; ma l'inca-

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 107, 8, n.ª 18.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 505, pag. 623.
(3) V. Laurent, l. c.
(4) V. Aubry et Rau, l. c.

rico, che gli s'imponga di questa, gli dà poi *diritto d'essere dispensato dal continuare nell'ufficio di protutore*. Tale sembra a noi il risultamento chiarissimo delle disposizioni contenute nell'articolo 273; e forse dal non avere abbastanza avvertita questa particolarità della nostra legge dipendono le opinioni, che abbiamo sopra citate, e dalle quali abbiamo stimato di doverci allontanare.

Esaminiamo ora più particolarmente la combinazione, a cui poco sopra accennammo, tra la parte preliminare dell'art. 273 e il n. 5 di esso, che attualmente commentiamo. Da questa combinazione risulterebbe, stando alla lettera, che " chi sia incaricato di una tutela ha diritto di essere dispensato *dall'assumere o dal continuare l'esercizio d'altra tutela o d'un ufficio di protutore* ". Intorno a ciò per altro si ripresenta qui naturalmente una osservazione, che non mancammo di fare altre volte. Quando si parla di cause che *dispensano dal continuare* in un ufficio tutelare, si suppone indispensabilmente la *sopravvenienza* di tali cause; chè se esse fossero preesistite, l'avere ciò non ostante assunto quell'ufficio varrebbe *rinunzia al diritto della scusa*, e rimarrebbe unicamente di potersi giovare del beneficio dell'art. 276 che permette soltanto una *dispensa facoltativa da parte del consiglio di famiglia* (1). Ora, non di tutte le cause di scusa previste nell'art. 273 è supponibile la sopravvenienza: nè di questa può generalmente parlarsi rispetto alla causa di scusa contemplata nel n. 5 del predetto articolo, poichè trattandosi di *chi sia già incaricato d'una tutela*, se ne suppone in termini la *preesistenza*. Quindi è che questa causa farebbe luogo a *dispensarsi dall'assumere* un nuovo ufficio di tutore o di protutore, *non dal continuare* l'esercizio della tutela o protutela di cui si fosse precedentemente investito. Ciò è sicuramente vero, in generale; e ne segue, che se taluno essendo già incaricato d'una tutela, ne assumesse una

(1) V. sopra, n. 139, pag. 635, n. 141, pag. 651.

nuova, rinunziando così tacitamente alla scusa a cui avrebbe diritto, non potrebbe poi più tardi pretendere di essere dispensato dalla prima tutela di cui fosse stato incaricato. In questo senso reputiamo esattissimo l'insegnamento d'un illustre commentatore del nostro codice, che " la formola *chi sia già incaricato* dimostra che l'ac- " cettazione non imposta, ma spontanea di una tutela, non " è motivo legale di dispensa, giusta il principio del diritto " romano. Altrimenti chi si sente in tempo più o meno " prossimo minacciato d'una grave e fastidiosa tutela, " potrebbe schivarla cercandone una di poca briga " (1). Altro senso non sapremmo attribuire a questa proposizione; avvegnachè *l'accettazione non imposta, ma spontanea* d'una tutela, che è ufficio essenzialmente e rigorosamente obbligatorio, non possa comprendersi se non sotto l'aspetto che taluno, potendo esimersi da una nuova tutela per l'incarico, che già gl'incombesse d'un'altra, siasi nondimeno assoggettato anche a quella, epperò non gli sia lecito sottrarsi poi alla precedente. Vi è un caso però, in cui l'incarico d'una tutela può dar diritto a scusarsi anche dal continuare nell'esercizio d'un ufficio tutelare, di cui si fosse precedentemente investito. E ciò avviene appunto allorchè taluno, essendo prima incaricato d'un ufficio di protutore, sia costretto ad assumere un nuovo ufficio di tutore, non soccorrendogli a dispensarsene la causa di scusa stabilita nel n. 5 dell'art. 273. Questo ulteriore *incarico d'una tutela* gli darà però il diritto, a norma della stessa disposizione combinata con quella generale del paragrafo primo del medesimo articolo, *a dispensarsi dal continuare l'esercizio dell'ufficio di protutore;* e ciò lo porrà in condizione perfettamente uguale a quella di chi essendo già prima tutore, non può essere obbligato a diventare anche protutore in un'altra amministrazione.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 273, vol. I, § 600, pag. 955.

Riassumendo, ecco dunque in breve la interpretazione, che reputiamo doversi dare a questo n. 5 dell'art. 273.

L'incarico, che già si abbia d'una tutela, dispensa dall'assumere un nuovo ufficio, sì di tutore che di protutore. Ma se lo si assuma di fatto, rinunziando così al benefizio della scusa a cui si avrebbe avuto diritto, non si può poi pretendere di dispensarsi più nè dall'uffizio medesimo, nè dalla tutela che già si aveva prima.

L'ufficio di protutore, di cui si sia precedentemente investito, non dà diritto a dispensarsi dall'assumere un nuovo ufficio nè di tutore nè di protutore. Ma qualora sia imposto così l'incarico d'una tutela a chi in altra era già prima protutore, egli ha diritto a scusarsi dal continuare nell'esercizio di quella protutela.

145. Hanno diritto d'essere dispensati dagli uffici di tutore e di protutore " i militari in attività di servizio " (art. 273, n. 6, codice civ.). Questa, che in diritto romano era considerata come causa d'incapacità ad esercitare la tutela (§ 14, Inst. *de excusat. tut.;* Legge 4 Codice, *qui dare tut. vel cur. possunt*), fu convertita dalle legislazioni moderne in una semplice causa facoltativa di scusa (articolo 428 codice Francese; 350 cod. Due Sicilie; 218 cod. Parmense; 287 cod. Albertino; 249, n. 5, codice Est.); che si reputò giusto concedere per riguardo alla difficoltà di conciliare i doveri del servizio militare con quelli inerenti alle funzioni di tutore o di protutore. Ma, appunto per questa considerazione, il motivo di dispensa non sussiste fuorchè per coloro che siano in attività di servizio militare, nè quindi avrebbero diritto ad essere dispensati dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela o dell'ufficio di protutore, coloro che fossero stati riformati o definitivamente congedati. Ben s'intende che la ragione, come il testo della legge, si estende anche a tutti quelli che per causa di servizio da essi prestato nell'esercito nazionale di terra o di mare siano dalla legge stessa assimilati ai militari.

146. Dalle precedenti legislazioni (art. 427, § 5, 428 codice Francese; 349, 350 cod. Due Sicilie; 218 cod. Parmense; 288 cod. Albert.; 249 cod. Est.) furono tratte altre due cause di dispensa; in pro di " coloro che abbiano " missione dal governo fuori del regno, o che per ragione " di pubblico servizio risiedano fuori del territorio del " tribunale in cui si è costituita la tutela " (art. 273, n. 7, cod. civ.).

Com'è manifesto, corre una differenza notevolissima tra i due casi previsti in questa disposizione: trattandosi nel primo d'una semplice *missione*, d'un incarico per servizio governativo, più o meno duraturo, ma sempre transitorio; nel secondo d'un servizio pubblico stabilmente esercitato per ragione d'impiego od altrimenti. Ond'è che mentre in questa seconda ipotesi il doversi risieder fuori dal territorio del tribunale in cui è costituita la tutela, onde adempiere quel servizio pubblico, è reputato bastante per indurre una troppo grande difficoltà di conciliare con esso l'esercizio delle funzioni di tutore o di protutore nella giurisdizione d'altro tribunale, e per giustificare conseguentemente la dispensa; nella prima ipotesi, invece, si è stimato che solamente quando la missione governativa debba compiersi fuori del regno, vi sia motivo sufficiente di presumerne, per la generalità dei casi, la incompatibilità colle funzioni di tutore o di protutore.

È supposta una *missione data dal governo;* nè però lo star fuori del regno per ragione anche di qualunque altro pubblico servizio, basterebbe per dar diritto a dispensarsi dagli uffici tutelari, salva soltanto l'applicabilità dell'articolo 276. Non è fatta, del resto, nel testo legislativo, nè quindi sarebbe ammissibile veruna distinzione intorno alla qualità della missione, purchè sia governativa. Neppure è scritta alcuna determinazione circa il tempo per cui una tale missione abbia a durare; il che importa dunque l'intendimento del legislatore di rimettersi quanto a ciò alle decisioni che nei singoli casi il consiglio di

famiglia e l'autorità giudiziaria stimino a loro prudente criterio di dover dare. Ma par giusta l'osservazione fatta da qualche autore, che questa disposizione di legge secondo i motivi pei quali fu dettata " non debba comprendere una " missione puramente accidentale e di breve durata „ (1).

Il codice Francese (art. 429) contemplava espressamente il caso d'una missione segreta e contestata; e dichiarava non doversi ammettere la dispensa " se non dopo che il " governo avesse su di ciò emessa la sua dichiarazione " col mezzo del Ministro da cui dipendesse la missione " addotta per titolo di scusa „.

Una simile disposizione non essendo stata riprodotta nel nostro codice, mentre è indubitabile, per la generalità stessa del testo, che una missione governativa segreta, non meno di quella che constasse autenticamente, potrebbe dar luogo a dispensa; ne risulta in pari tempo che quanto alle prove, in caso di contestazione, la legge se n'è riferita ai principii generali, affidando l'apprezzamento di quelle che siano prodotte al prudente criterio dell'autorità chiamata a pronunciare sulle domande di dispensa.

La residenza fuori del territorio del tribunale, in cui è costituita la tutela, dispensa dagli uffici di tutore o di protutore, quando sia *per ragione di pubblico servizio*. La quale espressione generica rende dunque invocabile il beneficio di questa disposizione quand'anche non si tratti veramente d'un impiego di nomina governativa, ma d'altra specie qualsiasi di servizio pubblico, pel quale sia necessario risiedere in luogo diverso dal territorio del tribunale in cui è costituita la tutela. Pare quindi ritenuto giustamente, quantunque non senza contraddizione, che anche un pubblico notaio abbia diritto a dispensarsi da una tutela, che sia costituita in luogo diverso da quello in cui egli eserciti le proprie funzioni (2).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 410.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 408; Laurent, t. IV, n. 496.

In diritto francese era pure ammesso che potessero invocare la stessa causa di scusa *gli ecclesiastici addetti alle cure ed alle succursali, non che tutti i ministri del culto esercenti funzioni, che esigessero residenza, e per le quali dovessero riportare il placito del governo e prestar giuramento*. La stessa massima fu da qualche scrittore ritenuta applicabile anche nel diritto nostro (1); secondo il quale però sembra affatto inaccettabile, poichè nei rapporti attuali tra la Chiesa e lo Stato esiste presso noi un ordine ben diverso di cose, a norma del quale non sembra possibile considerare i ministri del culto come esercenti un *pubblico servizio* nel senso della legge civile, e pei fini dell'applicabilità del nostro articolo 273, n. 7.

Il testo, che ora commentiamo, parla del *territorio del tribunale in cui si è costituita la tutela*. Sembra chiaro però, pei motivi stessi della disposizione, ch'essa non possa intendersi applicabile unicamente, come apparirebbe dalle parole, al luogo in cui la tutela siasi aperta; ma debba riferirsi a quello dove trovisi costituita la sede del consiglio di famiglia al tempo in cui sia chiamato all'ufficio di tutore o di protutore chi chiede d'esserne dispensato. Sicchè se, giusta la disposizione dell'art. 249, si fosse per decreto del tribunale trasferita la sede del consiglio in luogo diverso da quello in cui era la sede principale degli affari del minore allorchè si aprì la tutela, l'ammissibilità o non, della scusa dipenderebbe dal vedere se il luogo, in cui risiedesse per ragione di pubblico servizio il tutore o protutore, fosse o no fuori del territorio del tribunale in cui si trovasse costituita la nuova sede del consiglio. E invero le difficoltà possibili nell'esercizio delle funzioni tutelari, che diedero luogo ad ammettere la scusa per questa causa, possono derivare bensì dall'accennata circostanza, non già dal risiedere il tutore o protutore, per ragione di suo ufficio, in territorio diverso da quello

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, pag. 416.

della sede originaria della tutela. E se a questa unicamente si è accennato colle espressioni letterali della legge, fu perchè il caso di cambiamento di sede del consiglio di famiglia non è che una eccezione non frequente.

Pel resto, qualora la residenza della persona chiamata alle funzioni di tutore o di protutore sia fuori dal territorio del tribunale in cui si trovi costituita attualmente la sede della tutela, quella persona ha per legge un diritto acquisito ad ottenere sovra sua domanda d'essere esonerata dalle funzioni predette. Nè sarebbe in facoltà del consiglio di famiglia, nè del tribunale, di respingere l'istanza sotto pretesto che la distanza tra la sede della tutela e la residenza del tutore o protutore fosse tanto breve da non poter produrre notevoli inconvenienti. È però sempre questa una causa di scusa, facoltativa come tutte le altre; non un impedimento legale all'esercizio degli uffici di tutore o di protutore, una causa d'incapacità. L'opinione contraria, manifestata da qualche autore (1), ci sembra in troppo aperta opposizione col testo stesso dell'art. 273 cod. civ.

147. Avvertimmo fin dal principio di questo paragrafo come tra le varie cause di scusa, ammesse dalla legge, ve ne sia una la quale fa luogo ad esonerarsi dall'assumere l'uffizio di tutore o di protutore, ma non dispenserebbe ugualmente dal continuare l'esercizio di tale ufficio, non ostante che fosse sopravvenuta dopo il cominciamento di esso; e molto meno, quindi, se fosse preesistita, e tuttavia la persona che avrebbe potuto giovarsene avesse intraprese le funzioni, da cui le sarebbe stato lecito esimersi.

Questa speciale causa di dispensa fu introdotta dalla legge soltanto a favore di coloro che siano chiamati agli uffici di tutore o di protutore senza essere legati al tutelato da alcun vincolo di parentela o di affinità, mentre vi

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 273, n. VIII, vol. I, § 600, pag. 956.

siano parenti od affini capaci di quelle funzioni, e che si trovino in condizioni tali da poterle comodamente esercitare. La quale differenza, tra i parenti o gli affini, e gli estranei, era evidentemente giusta, ed appoggiata ai principii fondamentali nell'ordinamento della tutela; avvegnachè gli uffici di questa, sia per ragioni d'affezione che d'interesse, debbano essere avanti tutto un carico di famiglia, che regolarmente ha da pesare, prima d'ogni altro, sui parenti e sugli affini del minore, subordinatamente però agl'interessi di quest'ultimo ed alla più efficace protezione di lui.

Da tali considerazioni fu guidato il legislatore nostro a dettare la seguente disposizione dell'art. 274:

" Chi non sia parente od affine del minore non può es-
" sere costretto ad accettare la tutela o l'ufficio di protu-
" tore, ogni qualvolta nel territorio del tribunale in cui si
" costituì la tutela, od in cui sia parte notabile delle so-
" stanze del minore, risiedano parenti od affini capaci
" di assumere i detti uffici e non dispensati per causa
" legittima.

" Venendo a cessare le cause per cui il parente od affine
" sia stato dispensato, l'estraneo, che abbia assunto l'uf-
" ficio di tutore o di protutore, potrà ottenere di esserne
" liberato ".

Il codice Francese (art. 432) recava pure una disposizione somigliante; se non che in luogo di prendere in considerazione *il territorio del tribunale in cui si è costituita la tutela*, parlava della *distanza di quattro miriametri* dalla sede di essa; nè poi regolava con veruna norma speciale il caso che il parente o l'affine residente entro quella distanza fosse stato legittimamente dispensato, forse perchè era provveduto abbastanza a ciò colla disposizione del precedente art. 431, § 2, qualora la dispensa del parente o dell'affine provenisse da funzioni, servigi o missioni pubbliche, e potevasi argomentare per analogia dalla stessa disposizione anche quando si trattasse d'altre cause di scusa.

Intorno a questo nostro art. 274 abbiamo dovuto altra volta esporre anticipatamente alcune considerazioni fondamentali (1); da cui speriamo di poter trarre i mezzi per una retta e completa interpretazione dell'articolo stesso, e per distinguere chiaramente i caratteri differenziali delle due parti in cui è diviso.

Notammo, in primo luogo, che come le altre cause di dispensa valgono per qualunque specie di tutela, così anche questa, conceduta nell'art. 274, la quale, riguardando persone non parenti del minore, è quindi impossibile che si estenda alla tutela legittima, è però applicabile indifferentemente alla tutela o protutela testamentaria o dativa. Cosicchè non solo l'estraneo nominato a tutore o protutore dal consiglio di famiglia, ma quello parimente che fosse stato nominato dall'ultimo rimasto superstite dei genitori del minorenne, potrebbe invocare il benefizio dell'art. 274 per esonerarsi dall'ufficio conferitogli.

Osservammo eziandio che nel caso contemplato dal § 1 dell'art. 274 è un vero diritto per l'estraneo l'ottenere dispensa, quantunque sia in facoltà di lui il chiederla o no, mentre nell'altro caso, pel quale dispone il § 2 del medesimo articolo, la dispensa è facoltativa anche da parte del consiglio di famiglia, poichè dipende dalla determinazione ch'esso reputi opportuno di prendere, il concederla o negarla; e che pel primo dei predetti casi la dispensa riguarda soltanto l'assumere l'ufficio tutorio, sicchè l'estraneo non potrebbe invocarla per liberarsi da quell'ufficio che già esercitasse, sebbene solamente dopo si fosse verificata la presenza d'un parente od affine del minore capace di esercitare l'ufficio predetto, mentre nel secondo la dispensa non concerne all'opposto che la liberazione dall'ufficio tutelare che l'estraneo già esercitava.

Codeste differenze sostanziali tra le due parti della disposizione che esaminiamo c'invitano pertanto a considerare

(1) V. sopra, n^i 139, 141, pag. 629-631, 636, 637, 650, 652, 653.

la dispensa, che può esser chiesta da un estraneo a fronte di parenti od affini del minore soggetto a tutela, sotto due distinti aspetti, cioè:

1° In quanto riguardi l'esenzione, che l'estraneo può chiedere ed ha diritto di ottenere, rispetto all'ufficio di tutore o di protutore a cui sia chiamato, ma che non abbia ancora assunto;

2° In quanto riguardi la liberazione dall'ufficio di tutela o protutela già assunto, liberazione che può essere chiesta dall'estraneo, ma dipende poi dal consiglio di famiglia il concederla o negarla.

In ordine al primo di essi, l'art. 274, § 1, esprime chiaramente quali siano le condizioni di cui si richiede il concorso:

a) che l'estraneo chiedente dispensa indichi al consiglio di famiglia, a cui ne fa istanza, un parente od un affine del minore;

b) che questi risieda in luogo compreso nella giurisdizione del medesimo tribunale, a cui è soggetta la tutela, od in luogo dove si trovi una parte notabile delle sostanze del minore;

c) che quel parente od affine sia capace d'assumere l'ufficio, dal quale il richiedente vorrebb'essere dispensato;

d) che il parente od affine predetto non sia stato egli stesso dispensato per legittima causa da quell'ufficio.

Su ciascuno di questi punti non sarà però superfluo qualche speciale schiarimento.

Chi invoca a proprio favore il benefizio eccezionale della dispensa, ha necessariamente l'onere di provare che si verifichi il caso che a tale eccezione fa luogo, ed è quindi naturale che debba egli stesso indicare al consiglio di famiglia il parente o l'affine del minore, a cui pretende che si debba addossare in vece sua l'ufficio tutorio e provare, occorrendo, la parentela od affinità allegata. La legge non parla *del grado* di parentela od affinità; nè quindi è necessario che si tratti di persona a cui spetterebbe la *tutela*

legittima (art. 244 cod. civ.), ma basta che sia indicato un parente od affine, anche in linea collaterale, *entro il decimo grado* (art. 48 e 52 cod. civ.).

È indifferente che l'estraneo chiedente la dispensa risieda nel luogo stesso dov'è il centro degli affari del minore o in luogo più o meno lontano. Ma, all'opposto, è indispensabile che il parente o l'affine, da cui l'estraneo vorrebbe farsi sostituire nell'esercizio dell'ufficio tutorio, abbia tale residenza da potere attendere con maggiore efficacia agli affari dell'amministrazione; perchè solo in tal caso il principio, che gli uffici della tutela debbano considerarsi principalmente come carichi di famiglia, diventa conciliabile cogli interessi del minore, i quali costituiscono il precipuo scopo di tutto l'ordinamento tutelare. A quest'uopo fu adottato dalla legge nostra un duplice criterio; stabilendo che il parente o l'affine, indicato dall'estraneo chiedente dispensa, debba avere la propria residenza o nel luogo di domicilio della tutela, o in un luogo in cui si trovi parte notabile delle sostanze del minore. Veramente qualche autore considera come due condizioni distinte, e d'ambedue le quali si richieda il concorso " che il parente o l'affine " viva *nel territorio del tribunale in cui ha sede la tutela*, e " che *nello stesso luogo vi sia parte notabile delle sostanze* " *del minore* " (1). Ma ciò è in manifesta opposizione col testo della legge, la quale, d'altronde, aveva ben ragione di ritener sufficiente l'una o l'altra di quelle circostanze; dappoichè o la residenza del parente o dell'affine sia nel luogo dove si trova il domicilio della tutela, o in luogo diverso ma in cui sia riunita una parte notabile delle sostanze del minore, vi è sempre motivo di presumere che l'affidar la tutela a quel parente od affine torni a vantaggio del minore stesso.

Parlammo del *luogo del domicilio attuale della tutela*, dove, cioè, ha sede il consiglio di famiglia, che, in conse-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 274, vol. I, § 601, pag. 957.

guenza del disposto dell'art. 249 cod. civile, potrebbe, al tempo in cui l'estraneo tutore o protutore chiedesse dispensa, essere diverso da quello in cui si fosse originariamente costituita la tutela stessa; sebbene il testo dell'articolo 274 si riferisca letteralmente a quest'ultimo soltanto. Ma pel senso più lato, che reputiamo doversi attribuire a quella espressione della legge, stanno ragioni analoghe a quelle che esponemmo nel numero precedente in appoggio dell'identica interpretazione che abbiamo data a simili parole nell'art. 273, n. 7. Quanto all'altra indicazione, che fa la legge, del *territorio in cui sia parte notabile delle sostanze del minore*, è chiaro riferirsi essa totalmente al prudente giudizio dell'autorità chiamata a decidere sulla domanda di dispensa, intorno alla entità di quella parte del patrimonio del minore; la quale non è necessario che sia la *parte maggiore*, ma basta che sia di tale importanza da dar ragione di presumere che possa essere utile agl'interessi del minore l'affidarne la tutela al parente od affine residente in quel luogo.

Nell'uno o nell'altro dei luoghi predetti deve avere *residenza* il parente o l'affine designato dall'estraneo chiedente dispensa; sicchè mentre non sarebbe sufficiente la semplice *dimora*, non sarebbe d'altra parte necessario il *domicilio* in quella località.

Qualche maggiore difficoltà può presentare la terza delle accennate condizioni, consistente nel dover essere *capace di assumere l'ufficio di tutore o di protutore* il parente od affine designato dall'estraneo che domanda dispensa. L'art. 432 del codice Francese usava un'espressione diversa, parlando di *parenti od affini che fossero in istato di amministrare la tutela*. Nondimeno anche sotto quel codice era sôrta la questione se una tale espressione dovesse intendersi riferibile alla *capacità di diritto, o di fatto;* questione che tanto più può presentarsi nel codice nostro, il quale parla in genere di *capacità*. Coloro che intendevano limitata la condizione alla semplice *capacità di diritto*,

osservavano che una diversa interpretazione abbandonerebbe il diritto di dispensa dell'estraneo al puro arbitrio del consiglio di famiglia (1). Gli altri opponevano che le parole, *in istato di amministrare la tutela*, accennavano piuttosto alla capacità di fatto, che a quella di diritto; e che ciò era pure conforme allo spirito della legge, la quale proponendosi principalmente di guarentire l'interesse del minore non poteva costringere il consiglio di famiglia ad esonerare dalla tutela l'estraneo che vi fosse pienamente idoneo, per affidarla ad un parente od affine che non avesse le qualità personali opportune, quantunque non si trovasse in nessuno dei casi d'incapacità o di esclusione previsti dalla legge (2). Una considerazione simile a quest'ultima indusse noi pure a ritenere, nell'interpretazione dell'articolo 262, che le parole *capaci dell'ufficio di tutore* fossero riferibili alla *capacità di fatto*, anzichè a quella *di diritto* (3). E tuttavia pensiamo che all'opposto nell'art. 274 la stessa espressione voglia significare *capacità di diritto*. La differenza tra i due casi è infatti facile a rilevarsi.

In quello dell'art. 262 si tratta di togliere all'amministrazione d'un pubblico ospizio la tutela ch'essa ha di diritto sopra i minori ricoverati, per affidarla a persone estranee all'amministrazione stessa, siccome parenti dei ricoverati predetti. È quindi naturale che nell'ammettere questa eccezione ad una regola generale si proceda con rigore, nè vi si giunga se non quando lo imponga l'interesse medesimo del minore; sotto il quale aspetto è ovvio doversi prendere in considerazione la capacità di fatto, piuttosto che quella semplicemente legale della persona a cui tratterebbesi di affidare la tutela. Nel caso dell'art. 274 entra in campo un rapporto giuridico ben diverso; *il diritto*, cioè, dell'estraneo tutore o protutore di farsi esonerare dall'ufficio, quando vi sia un parente od affine del

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 417.
(2) V. Laurent, t. IV, n. 500.
(3) V. sopra, n. 104, pag. 441.

minore che possa assumere l'ufficio stesso. E poichè la legge subordina codesto diritto dell'estraneo alla condizione di *capacità* del parente o dell'affine, sembra più congruo intendere che voglia riferirsi alla *capacità di diritto;* giacchè addentrandosi nel campo più vasto della *capacità di fatto*, s'incorrerebbe nella necessità di abbandonarsi totalmente ad apprezzamenti individuali, che facilmente convertirebbero in una dispensa facoltativa da parte del consiglio di famiglia il *diritto* che ha per legge l'estraneo ad essere scusato a fronte d'un parente od affine capace. Nè poi l'interesse del minore corre veramente per ciò quei pericoli, che a primo aspetto potrebbero parere temibili. Soccorre abbastanza lo stesso art. 274 con altra disposizione, combinata con quella del successivo 276. L'estraneo non ha più diritto di scusa se il parente o l'affine, quantunque legalmente capace, sia *dispensato per causa legittima ;* e l'art. 276 ammette la dispensa facoltativa da parte del consiglio di famiglia anche per cause estralegali. Se dunque il parente o l'affine manchi in fatto dell'idoneità necessaria, e consenta a non rivestirsi delle funzioni che l'estraneo tutore o protutore chiederebbe di fargli addossare, il consiglio di famiglia potrà, reputando necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore, pronunciare, a norma dell'art. 276, la dispensa del parente o dell'affine, e conseguentemente respingere, a forma dell'art. 274, la domanda di dispensa dell'estraneo tutore o protutore.

L'ultima delle condizioni prefisse dal predetto art. 274, § 1, che, cioè, il parente o l'affine, indicato dall'estraneo che invoca dispensa, *non sia dispensato egli stesso per causa legittima*, è espressa infatti in termini così generali da non lasciar dubbia la sua applicabilità per qualunque possa essere la causa di dispensa; ancorchè non verificandosi alcuna delle cause legali ordinarie determinate negli articoli 272 e 273, siasi però fatto luogo pel parente o per l'affine a quella maniera di scusa che è ammessa dal citato art. 276.

Ci resta di considerare la dispensa, che può esser chiesta dall'estraneo, a fronte di parenti od affini del minore tutelato, sotto il secondo degli aspetti che ci proponemmo; in quanto, cioè, concerne la liberazione che l'estraneo stesso può invocare dall'ufficio di tutela o protutela, che abbia già assunto; su di che provvede il § 2 del medesimo articolo 274. E intorno ad esso potremmo ridurre ogni nostra osservazione a ciò che ripetutamente abbiamo già rilevato; trattarsi, cioè, in questo caso d'una dispensa che è facoltativa non solo dal lato dell'estraneo tutore o protutore, dalla cui volontà dipende l'invocarla o no, ma parimente da parte del consiglio di famiglia, a cui la legge conferisce il potere di accogliere o respingere l'istanza che ne sia fatta, secondochè reputi più opportuno. A dimostrare la esattezza di questo concetto basterebbero invero le parole stesse del testo, ben diverse da quelle dell'art. 273, da quelle ancora del primo paragrafo dello stesso art. 274. Qui non è detto che l'estraneo, il quale abbia dovuto assumere l'ufficio di tutore o di protutore, perchè il parente o l'affine fosse dispensato per causa legittima, quando poi questa causa di scusa venga a cessare, *abbia diritto d'essere liberato*, o che *non possa essere tenuto a continuare*, ma è detto invece che *potrà ottenere d'essere liberato;* espressione questa che ben si accorda coll'idea d'una concessione, la quale richiesta può esser data o negata, ma sarebbe al certo tutt'altro che conveniente al concetto d'un vero diritto. D'altra parte è anche perfettamente giustificabile questo senso, in cui par naturale l'interpretare la citata disposizione di legge. Se, come abbiamo dimostrato, l'esservi un parente od un affine capace dell'ufficio di tutore o di protutore fa luogo a dispensare l'estraneo *dall'accettare* tali funzioni, ma non dal continuarne l'esercizio qualora lo abbia assunto; sarebbe stata conseguenza logica di questo principio che neppur quando, essendovi il parente o l'affine capace, ma essendo stata ammessa in favore di lui una causa legittima di dispensa, avesse dovuto

l'estraneo sottomettersi all'onere della tutela, potesse poi liberarsene perchè quella causa di scusa del parente o dell'affine fosse venuta a cessare. È dunque una concessione di favore che fa la legge colla disposizione di questo secondo paragrafo dell'art. 274; concessione giustificata bensì dallo scopo di equità di non rendere irremovibile per l'estraneo l'onere al quale ha dovuto sottomettersi in conseguenza della dispensa ch'era stata ottenuta dal parente o dall'affine. Ma questo riguardo, che volevasi giustamente usare all'estraneo tutore o protutore, doveva poi essere contemperato dall'interesse del minore; epperò non conveniva accordare in questo caso all'estraneo un diritto assoluto di dispensa, ma attribuire al consiglio di famiglia il potere di concedergliela o negargliela, secondochè riconoscesse opportuno, conciliando appunto a suo prudente criterio i riguardi di equità verso l'estraneo coll'interesse del minore. Ciò stesso però comincierebbe già a dimostrare come non possa confondersi il carattere facoltativo di questa causa particolare di dispensa, contemplata nel § 2 dell'art. 274, colla facoltà concessa dall'art. 276 al consiglio di famiglia di poter dispensare i tutori ed i protutori anche per cause estralegali; poichè abbiam già avuto occasione di notare, e dimostreremo poi più ampiamente, che in questi ultimi casi è *il solo interesse del minore* che dev'essere guida alla deliberazione del consiglio di famiglia, senz'altro riguardo verso chi chieda d'essere esonerato dalle funzioni di tutore o di protutore. Ma inoltre per ben altri e importanti rapporti si differenziano l'una dall'altra codeste dispense, che pure hanno comune il carattere di essere facoltative anche da parte del consiglio di famiglia. Così, se anche questo consiglio avesse presa ad unanimità la decisione di rigettare la domanda di dispensa presentata a norma del predetto § 2 dell'art. 274, la deliberazione sarebbe impugnabile dinanzi al tribunale, in virtù del disposto dal successivo articolo 275. E se anche la deliberazione, che avesse accolta quella domanda di dispensa fosse stata presa

a maggioranza di voti, non sarebbe però necessario sottoporla all'omologazione del tribunale, com'è richiesto nei casi contemplati dall'art. 276.

Sì per l'una che per l'altra delle cause di dispensa separatamente contemplate nei due paragrafi dell'art. 274, dobbiamo in ultimo richiamare l'avvertenza, ch'esse sono introdotte soltanto *a vantaggio dell'estraneo* tutore o protutore. Epperò un parente od un affine del minore non potrebbe certamente invocare come causa di dispensa, nè l'essere egli stesso residente fuori del territorio indicato nel primo paragrafo del ricordato articolo, nè l'esservi in quel territorio un parente, se egli fosse soltanto affine, nè l'esservi un parente di grado più prossimo al minore.

Su quest'ultimo punto vi è veramente qualche opinione contraria (1); la quale però è generalmente respinta, siccome quella che si appoggierebbe a ragioni di diritto costituendo, non ammissibili certamente in una materia di rigore, quale è questa della dispensa dagli uffici tutelari. Solo si conviene che potrebb'essere impugnata la nomina d'un parente più remoto o d'un affine, quando si provasse una manifesta collusione frodolenta per esonerare il parente o l'affine più prossimo (2).

Quanto poi alla causa speciale di dispensa stabilita nel § 1, poichè essa esime soltanto dal dovere accettare la tutela o l'ufficio di protutore, è fuor di dubbio che chi avesse assunto tali funzioni non potrebbe pretendere di esserne liberato perchè nel territorio di sede della tutela, od in cui si trovasse parte notabile delle sostanze del minore, venisse a stabilirsi un parente od affine che da principio avesse risieduto in un luogo diverso, nè perchè un parente od un affine residente in quel territorio avesse acquistata la capacità per gli uffici di tutela, che anteriormente gli mancasse.

(1) V. Duranton, t. III, n. 488.

(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 106, n. 4; Demolombe, t. VII, n. 418; Laurent, t. IV, n. 501.

148. Ad esaurire questo argomento delle cause di dispensa dagli uffici tutelari, dobbiamo da ultimo occuparci di quella categoria, che fin da prima distinguemmo come comprendente le cause di scusa le quali sono *facoltative* non solo relativamente alle persone che possono invocarle, ma eziandio rispetto al consiglio di famiglia; sicchè i richiedenti non hanno propriamente il diritto di essere dispensati ma l'accogliere, o no, la loro scusa dipende dal criterio del consiglio di famiglia, che delibera conformandosi all'interesse del minore (1).

A tale categoria di scuse vedemmo nel numero precedente appartenere il caso speciale contemplato nell'art. 274, § 2; e un altro ordine di esse (la cui estensione è tanta da non avere alcuna limitazione prefinita dalla legge, la quale l'abbandona totalmente alle libere determinazioni del consiglio di famiglia) lo accennammo già nella disposizione dell'art. 276, § 1, così concepita:

“ Il consiglio di famiglia potrà in ogni tempo dispen-
“ sare il tutore, il protutore ed il curatore dal loro ufficio,
“ qualora essi consentano a rassegnarlo, e il consiglio
“ reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse
“ del minore „.

Intorno alla quale disposizione parlammo occasionalmente di quanto essa contiene di speciale relativamente al curatore (2); onde ora ci resta di esporre le norme comuni che ne risultano sì pel curatore stesso, come pel tutore o protutore.

Era questione disputata in diritto francese, se all'infuori delle cause legali di scusa, se ne potessero ammettere altre estralegali; se, cioè, fosse lecito o no, al consiglio di famiglia ed ai magistrati il dispensare dalla tutela chi ne facesse domanda anche senza poter allegare una delle cause espressamente previste dalla legge, ma adducendo

(1) V. sopra, n. 141, pag. 649, 650.
(2) V. sopra, n. 139, pag. 628.

e giustificando qualche *scusa di fatto*; specialmente allorchè questa fosse tale da dimostrare la incapacità del richiedente ad esercitare convenientemente l'ufficio che gli sarebbe addossato. E alcuni autori propendevano all'affermativa, per la considerazione che in molte circostanze possa apparire assai ragionevole il dispensare dalle funzioni tutorie una persona, benchè non si trovi in nessuno dei casi di scusa letteralmente previsti dalla legge; e pensando perciò che il legislatore non avesse inteso di enumerare le cause di dispensa in un senso assolutamente limitativo, ma solo *d'indicar quelle che il consiglio di famiglia ed i tribunali non potessero rifiutare di prendere in considerazione, qualora fossero giustificate;* mentre le altre, non comprese nella enumerazione della legge, rimanessero in facoltà del consiglio di famiglia e dei magistrati, che potessero ammetterle od escluderle secondo le circostanze (1).

Altri però, quantunque riconoscessero la ragionevolezza della preaccennata opinione in diritto costituendo, ne negavano l'ammissibilità in diritto costituito; atteso alla obbligatorietà, in generale, degli uffici tutori, ed al conseguente carattere eccezionale delle cause di dispensa, sicchè diverrebbe creazione arbitraria d'una nuova categoria di scuse l'ammetterne delle estralegali (2).

Il nostro legislatore volle opportunamente risolvere il dubbio con una disposizione espressa, e lo fece nella prima parte sopra riferita dell'art. 276, in cui adottò evidentemente la prima delle opinioni che abbiamo citate; e in ciò è giustificato abbastanza da quelle considerazioni, alle quali vedemmo fortemente appoggiarsi in diritto costituendo l'opinione predetta. Seguendo la quale il nostro legislatore venne quindi a riconoscere una categoria di

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 114, n. 3; Valette sur Proudhon, t. II, c. X, sez. I. pag. 340; Demante, *Cours anal. du code civil*, t. II, n. 186 *bis*.

(2) V. Demolombe, t. VII, n. 446, 447; Aubry et Rau sur Zachariae, t. I, § 106, n. 5, c. VI; Laurent, t. IV, n[i] 508, 509.

scuse *estralegali*, allato delle *cause legali* di dispensa; colla differenza fondamentale, però, che mentre queste attribuiscono alle persone che possono invocarle *il diritto di essere dispensate*, cosicchè violerebbe la legge, e sarebbe quindi soggetta a censura sotto questo aspetto la decisione dell'autorità giudiziaria, con cui si negasse effetto ad una scusa legale, quelle invece rimangono *facoltative* anche da parte del consiglio di famiglia; come lo dimostra manifestamente e incontestabilmente la espressione stessa del testo che " il consiglio di famiglia *potrà dispensare* il tutore, " protutore o curatore che consenta a rassegnare l'ufficio, " *qualora il consiglio medesimo reputi necessario un tale* " *provvedimento* nell'interesse del minore ".

Questa facoltà, del resto, può essere esercitata dal consiglio di famiglia tanto dispensando il tutore, protutore o curatore *dall'assumere l'ufficio*, quanto *dal continuarlo*. Intorno a che appunto sembra essersi voluto togliere qualunque dubbio col dire che il consiglio di famiglia potrà *in ogni tempo* dispensare il tutore, ecc. Nè però farebbe ostacolo all'esercizio di questa facoltà del consiglio l'essersi volontariamente assunto l'ufficio dal tutore o dal protutore, non ostante che sapesse esistere in proprio favore qualcuna delle cause legali di dispensa; chè, come già osservammo, il tutore o protutore avrebbe bensì rinunziato con ciò validamente *al diritto proprio di ottenere la dispensa*, ma non si sarebbe precluso l'adito a poterla chiedere ulteriormente, rimanendo in facoltà del consiglio di concederla o negarla, secondo che reputasse convenire all'interesse del minore (1). E parimente delle cause estralegali di scusa, abbandonate dal predetto art. 276 al potere discrezionale del consiglio di famiglia, non è necessario che siano sopravvenute dopo cominciato l'esercizio dell'ufficio tutelare, affinchè possano far luogo a dispensare dal continuarlo; ma quand'anche avessero preesistito, se il tutore

(1) V. sopra, n. 139, pag. 636, n. 141, pag. 649, 650.

o protutore consentisse a dimettersi dal proprio ufficio, che per quelle cause, quantunque non nuove, nè punto aggravate, il consiglio reputasse opportuno nell'interesse del minore di affidare ad altri, sarebbe ugualmente applicabile la disposizione del nostro art. 276.

Il quale però richiede il concorso di due condizioni indispensabili, e cioè:

1° Che il tutore, protutore o curatore stesso acconsenta a rassegnare il proprio ufficio;

2° Che il consiglio riconosca necessario od opportuno un tale provvedimento nell'interesse del minore.

Il primo di tali requisiti è facilmente e manifestamente giustificato dal principio fondamentale, che chi sia legittimamente investito d'un ufficio tutelare non possa esserne privato suo malgrado, se non per le cause d'incapacità o di rimozione stabilite dalla legge. Ma da questo stesso motivo segue naturalmente, ed è d'altra parte conforme alla espressione letterale del testo, che non sia indispensabile una istanza del tutore, del protutore o del curatore, il quale abbia promossa egli medesimo la propria esenzione dall'ufficio; ma basti che in qualunque modo egli abbia manifestato il proprio consenso, perchè il consiglio possa anche d'ufficio prendere deliberazione in proposito.

Quanto all'altro requisito, lo abbiamo accennato veramente in una forma più ampia che non sia quella del testo, il quale parla soltanto di *necessità*, non di *opportunità* del provvedimento. Ma questo concetto più esteso ci sembra conforme agli accennati motivi della legge, ai quali non sarebbe pienamente soddisfatto col limitare la facoltà del consiglio ai soli casi di assoluta *necessità;* mentre ciò restringerebbe di troppo il potere discrezionale, che si riconobbe conveniente di affidare al consiglio, e porrebbe una grande quantità di casi fuori della possibilità di proteggere efficacemente gl'interessi del minore. D'altra parte fu attestato ufficialmente essere stata presa in proposito dalla Commissione del Senato una deliberazione formale,

che non si sa come sia stata posta in atto colla corrispondente modificazione del testo. Ecco infatti ciò che leggesi nella relazione:

" Sebbene l'ufficio di tutore, di protutore e di curatore " sia obbligatorio, tuttavia il consiglio di famiglia è autorizzato a dispensarli, *se lo crede opportuno*, ove essi consentano. Il progetto nell'art. 245 dice: se il consiglio " reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse " del minore. La Commissione ha stimato conveniente di " temperare questa espressione troppo assoluta, sostituendo " alla condizione della necessità il concetto della oppor- " tunità „ (1). Crediamo perciò di poter affermare che questo concetto è veramente nello spirito della legge, per quanto nella lettera di essa sia rimasta l'apparenza d'un maggior rigore. Basterà dunque che il consiglio riconosca *l'opportunità* del provvedimento nell'interesse del minore, perchè sia legittima la dispensa che il consiglio medesimo pronunci a favore del tutore, del protutore o del curatore consenziente. Quello solo che è prescritto dalla legge al consiglio di famiglia, è che la sua deliberazione debba essere pronunciata *in considerazione dell'interesse del minore*; sicchè ad un funzionario della tutela, il quale non potesse addurre una causa legale che gli attribuisse il diritto ad ottenere dispensa, non potrebbe concederla facoltativamente il consiglio per una causa estralegale, se in forza di questa non divenisse conveniente all'interesse del minore l'affidare quelle funzioni ad altro tutore, per quanto la causa stessa potesse renderle gravose od anche dannose al funzionario che si tratterebbe di esonerare.

149. Osservammo altra volta che tra i casi di eccezione, nei quali le deliberazioni del consiglio di famiglia non hanno in sè stesse la forza giuridica necessaria per essere senz'altro mandate ad esecuzione, ma abbisognano

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 82.

a tal uopo della omologazione del tribunale, si annovera anche quello della dispensa accordata ad un tutore, ad un protutore, ad un curatore per cause estralegali (1).

In tal senso è infatti la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 276, così concepita:

“ La deliberazione del consiglio di famiglia, ove non sia “ stata presa a voti unanimi, sarà sottoposta all'omolo- “ gazione del tribunale „.

I motivi di ciò furono chiariti dal relatore della Commissione Senatoria colle seguenti parole:

“ Acciocchè di questa facoltà (per la quale il consiglio di famiglia può dispensare il tutore, il protutore, o il curatore consenziente, qualora riconosca ciò opportuno per l'interesse del minore) “ non si commetta facile abuso per “ debolezza o compiacenza, la Commissione ha divisato “ che la dispensa venga approvata dal tribunale, tuttavolta “ che non sia stata concessa dal consiglio a voti unanimi.

“ Ben possono i membri dissenzienti impugnare la deli- “ berazione; ma spesso si tratterranno dal farlo per riguardi “ personali, e per la naturale ripugnanza a sostenere parti “ odiose in giudizio, massime per conto altrui. È più sicura “ cautela il fare intervenire in tutti i casi di dispensa la “ vigile autorità del tribunale „ (2).

Il dubbio che la deliberazione della maggioranza del consiglio potesse essere determinata da tutt'altro che dalla sola considerazione del vero interesse del minore, è stato dunque l'unica ragione per cui si è prescritto che tale deliberazione non abbia per sè sola piena autorità, ma debba essere completata con atto conforme del tribunale che la omologhi.

La quale avvertenza basterebbe per sè sola a rimuovere un dubbio, che potrebbe a primo aspetto derivare dalla espressione di questo secondo paragrafo dell'art. 276.

(1) V. sopra, n. 75, pag. 284.
(2) V. Relazione Vigliani, pag. 82.

Vi è parlato in genere *della deliberazione del consiglio*, che dev'essere sottoposta all'omologazione del tribunale, se non sia stata presa a voti unanimi. Sarebbe dunque applicabile la stessa massima così alla deliberazione che avesse respinta, come a quella che avesse accolta l'istanza o la proposta di dispensa del tutore, del protutore o curatore? Ma evidentemente l'accennata ragione della legge non sussiste che pel caso in cui la maggioranza del consiglio abbia deliberata la dispensa; a questo caso deve dunque limitarsi anche l'applicabilità della disposizione. La quale, del resto, non ostante che sia formulata in un separato paragrafo, per altro, in forza della necessaria relazione che questo ha col precedente, in cui si parla della concessione di dispensa, appalesa abbastanza come non possa riferirsi al caso opposto, in cui, chiesta o proposta la dispensa, la maggioranza del consiglio l'abbia respinta. E veramente a questo ultimo caso non sarebbe neppure adattabile il concetto della omologazione. Si capisce che si renda necessaria l'approvazione dell'autorità giudiziaria per dare forza esecutoria all'atto con cui la maggioranza del consiglio libererebbe dalle funzioni tutelari chi ne è legittimamente investito; ma non si comprenderebbe altrettanto facilmente che si richiedesse l'omologazione d'una deliberazione negativa, la quale non fa che mantenere l'ufficio a chi già lo ha.

Per la deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia abbia reietta la domanda o la proposta di dispensa fatta a norma dell'art. 276, § 1, esclusa l'applicabilità del paragrafo secondo del medesimo articolo, dovranno dunque osservarsi semplicemente le norme generali, che dimostrammo commentando l'art. 260. E ciò fa palese, a veder nostro, non essere affatto estranea, come qualche commentatore ha pensato, questa disposizione dell'art. 260 al caso contemplato nell'art. 276. Vi è estranea certamente qualora la maggioranza del consiglio abbia pronunciata la dispensa, nel senso che allora i membri del

consiglio dissenzienti non potrebbero impugnare la deliberazione nelle forme comuni stabilite dagli art. 260 codice civile ed 815 codice proc. civile essendo ad essi aperta altra via nell'opposizione che potrebbero fare all'omologazione del tribunale, a cui la deliberazione dovrebb'essere sottoposta. Ma se al contrario la dispensa sia stata negata dal consiglio di famiglia, non essendo più applicabile la speciale disposizione dell'art. 276, non vi è ragione perchè non si abbia a ricorrere alla norma generale dell'art. 260.

La deliberazione unanime, sia che con essa il consiglio abbia ammessa o respinta la dispensa del tutore, del protutore o curatore, non è mai soggetta ad essere impugnata con verun mezzo nel merito; poichè nè nell'una nè nell'altra ipotesi potendo esser caso di omologazione, a norma dell'articolo 276, § 2, manca il mezzo consistente nell'opporsi all'omologazione stessa; nè d'altra parte è ammissibile una impugnazione diretta, che per la regola generale dell'art. 260 è conceduta soltanto contro le *deliberazioni che non siano prese all'unanimità.* Solo potrebb'esservi luogo, secondo i casi, ad attaccare la deliberazione, sebbene unanime, o per incompetenza del consiglio che l'avesse pronunciata, o per vizio di forma.

150. Nel nostro codice fu regolato colla disposizione dell'art. 275 ciò che concerne il procedimento per le domande di dispensa, nei casi contemplati dai precedenti art. 273 e 274, e la impugnazione ammissibile delle deliberazioni che il consiglio di famiglia abbia pronunciate su tali domande.

Nondimeno, per quanto riguarda quest'ultimo punto, dimostrammo già in altro luogo che non cessa affatto di essere osservabile anche nella materia di cui ora trattiamo la regola generale dell'art. 260, § 2; la quale non è da intendersi limitata alle sole deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela concernenti l'amministrazione dei beni

del minore; epperò anche per quelle che il consiglio abbia emesse sulle domande di dispensa presentate dal tutore o dal protutore, dovrà applicarsi la predetta regola generale, per quanto dalla speciale disposizione del citato art. 275 non vi sia particolarmente derogato (1).

Premessa questa avvertenza, entriamo ora in argomento.

La competenza dell'autorità, davanti a cui son da portare le istanze dirette ad ottenere dispensa dagli uffici di tutore o protutore, per le cause previste dagli art. 273 e 274, è determinata nella seguente disposizione dell'art. 275, § 1:

" La domanda di dispensa si propone al consiglio di famiglia ".

Si è reputato anche qui opportuno che simili istanze si presentino, avanti tutto, per essere risolte, a questo consesso famigliare, al quale può riuscire più facile e sicuro l'accertamento di alcune delle cause legali di dispensa, e che d'altra parte può e deve immediatamente provvedere a surrogare un nuovo funzionario a quello che viene dispensato, acciocchè gl'interessi del minore non soffrano alcun detrimento.

Pel resto, non è data in questo articolo nessuna particolare disposizione, nè quanto al tempo in cui la domanda di dispensa possa essere presentata, nè quanto al modo in cui si debba farlo.

Il codice Francese prescriveva un termine di rigore, entro cui il tutore dovesse promuovere la convocazione del consiglio di famiglia affinchè deliberasse sopra i suoi motivi di scusa; ed anzi quando il tutore si trovasse presente alla deliberazione che gli deferiva la tutela, si esigeva che proponesse immediatamente quei motivi, sotto pena d'inammissibilità d'ogni suo reclamo ulteriore (art. 438, 439). Nessuna disposizione simile trovandosi nella legislazione nostra, ciò ha dato luogo a domandarsi se dunque sia lecito al tutore o protutore di proporre domanda di

(1) V. sopra, n. 85, pag. 337 e seg.

dispensa *in qualunque tempo*. E a qualche commentatore è parso di dover dare risposta affermativa, per la speciosa ragione che “ il tutore nominato deve assumere l'ammi-“ nistrazione e conservarla finchè non sia legalmente libe-“ rato; e se a lui pesa l'ufficio, il ritardo adunque non “ nuoce che a lui „ (1).

Dicemmo però che questa argomentazione ci pare soltanto speciosa; non vedendosi infatti come dall'obbligo, che ha il tutore o il protutore di continuare l'esercizio delle sue funzioni, quantunque abbia impugnata dinanzi al tribunale la decisione del consiglio con cui sia stata rigettata la sua domanda di dispensa (art. 275, § 2), si possa con fondamento dedurre che debba competergli anche il diritto di ottenere la dispensa, non ostante che conoscendone la causa abbia volontariamente assunto l'ufficio, e con ciò abbia tacitamente rinunziato alla scusa che avrebbe potuto invocare; nè poi è esatto il dire che *il ritardo nuoce a lui solo*, essendo di danno evidente e grave pel minore l'assoggettarlo a cangiar di tutore. Il tutore o protutore deve, è vero, proseguire l'esercizio delle sue funzioni finchè non sia legalmente e definitivamente liberato, perchè l'interesse del tutelato esige che non sia abbandonato senza chi prenda cura della sua persona ed amministri i suoi beni. Ma quel medesimo interesse richiede altresì, che quando il tutore o protutore abbia assunte volontariamente le proprie funzioni, conoscendo le cause che avrebbe di scusarsene legalmente, e con animo di rinunziarvi, non gli si riconosca più il diritto di ottenere una dispensa tardiva, senza riguardo al danno che potesse provenire al minore da questo cangiamento di tutore o di protutore; ma tutto si faccia dipendere appunto dall'interesse del minore medesimo, subordinandovi la dispensa, la quale perciò diventi in tal caso *facoltativa anche pel consiglio di famiglia*, a norma dell'art. 276 codice civile.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 275, vol. I, § 602, pag. 958.

Questo articolo dice infatti che il consiglio di famiglia potrà *in ogni tempo* dispensare il tutore, il protutore o il curatore, che vi acconsenta, qualora il consiglio medesimo lo reputi opportuno nell'interesse del minore, mentre per le dispense invocate per diritto dal tutore o dal protutore a norma degli articoli precedenti non è detto ugualmente che la domanda possa esserne promossa *in qualunque tempo*; alla quale differenza non potrebbe negarsi un significato importante. Ecco dunque l'unica conseguenza, che, secondo noi, si dedurrebbe giustamente dal non essersi nel nostro art. 275 prefisso alcun termine per le domande di dispensa. La semplice decorrenza d'un tempo quale che fosse dal deferimento della tutela, non importerebbe per sè decadenza dal diritto di chiedere ed ottenere dispensa. Ma se concorressero elementi bastanti per ritenere che il tutore o il protutore avesse tacitamente rinunziato al proprio diritto — e ciò dipenderebbe dalle circostanze dei casi, e sarebbe da presumersi in base del fatto d'avere assunte volontariamente quelle funzioni conoscendo la preesistenza della causa di scusa senza proporla — sarebbe preclusa la via a poter chiedere per diritto la dispensa, rimanendo solo la possibilità di ottenerla facoltativamente dal consiglio, secondo il disposto dell'art. 276, qualora il consiglio medesimo lo riconoscesse necessario od almeno opportuno per l'interesse del minore (1).

Quanto al modo in cui debba proporsi la domanda di dispensa, non essendo state dettate norme apposite dalla legge, saranno da seguirsi le comuni per le istanze da presentarsi al consiglio di famiglia e per le deliberazioni di questo.

Si è chiesto se il tutore o il protutore, che abbia a proprio favore più cause di scusa, sia tenuto a proporle tutte con una sola domanda o possa presentarle con istanze

(1) V. sopra, n[i] 139, 141, pag. 633-634, 649, 650. — Confr. Ricci, vol. I, n. 406, pag. 521, 522.

successive. E si è risposto, che in mancanza d'un testo di legge in proposito non potrebbe esservi luogo a pronunciare una decadenza per questa cagione, salvo il tener conto a carico del tutore del silenzio ch'egli avesse maliziosamente serbato intorno ad alcuna delle cause di scusa, che avrebbe potuto fin da principio addurre (1). Forse sarebbe a dirsi ancora di più; doversi, cioè, tener conto, a carico del tutore o protutore, anche della rinunzia tacita alle cause di scusa preesistenti, rinunzia che per parte sua potrebbe indursi dal fatto stesso di non avere addotte quelle scuse insieme ad altre per le quali avesse chiesta invano dispensa, specialmente quando concorressero circostanze costituenti un complesso di presunzioni gravi, precise e concordanti, da cui risultasse dimostrata quella tacita rinunzia; salvo sempre, anche in tal caso, il potersi tuttavia far luogo a dispensa facoltativa per parte del consiglio di famiglia, in virtù del disposto dall'art. 276.

Deferendo al consiglio di famiglia il potere di risolvere sulle domande di dispensa, che gli si propongano dal tutore o dal protutore, la legge volle però evitare di abbandonare un sì importante interesse di codesti funzionari al puro arbitrio del consiglio; epperò aprì l'adito ad un ricorso in via contenziosa contro la deliberazione, colla quale il consiglio medesimo avesse respinta l'istanza del tutore o del protutore. In questo senso è disposto nel secondo paragrafo dell'art. 275:

" La decisione del consiglio, che rigetta la domanda, " potrà essere impugnata dinanzi al tribunale dal tutore " o protutore che la propose, il quale però sarà tenuto " intanto a continuare l'esercizio delle sue funzioni ".

Alla prima lettura di questa disposizione si presenta subito un dubbio. Essa si riferisce soltanto alla *decisione del consiglio che rigetta la domanda*. Dobbiamo forse arguire da ciò che al contrario la deliberazione, colla quale il

(1) V. Borsari, l. c.

consiglio abbia ammessa una domanda di dispensa, non sia mai impugnabile da alcuno? Tale fu infatti l'opinione d'un dotto scrittore, del quale dobbiamo ora deplorare la perdita (1). Ma per far luogo all'argomentazione *a contrario*, sarebbe indispensabile che l'essere ammessa nell'art. 275 la impugnabilità della decisione del consiglio, che rigetta la domanda di dispensa, fosse una *eccezione;* sicchè ritenendo irrepugnabile la deliberazione, colla quale il consiglio avesse accolta la domanda predetta, non si facesse che ritornare ad una regola generale. Ora è proprio l'opposto; chè la regola generale, secondo l'art. 260, è che tutte le deliberazioni consigliari siano soggette a ricorso dinanzi al tribunale, qualora non siano state prese alla unanimità. Tratterebbesi dunque, a senso nostro, di applicare puramente e semplicemente la massima ricordata in principio di questo numero: che, cioè, anche per le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia sulle domande di dispensa del tutore o del protutore, debbansi osservare le norme stabilite dagli art. 260 cod. civ. e 815 proc. civile, in quanto non vi sia specialmente derogato dall'altro art. 275 dello stesso codice civile. Seguendo quest'ordine d'idee, diventa chiaro che l'art. 275, contemplato il solo caso di rigetto della domanda di dispensa, lascia luogo al applicare pel caso contrario, in cui il consiglio abbia accolta tale domanda, la regola generale dell'art. 260. Se dunque la concessione della dispensa sia stata deliberata dal consiglio a sola maggioranza di voti, potranno impugnare tale deliberazione tutte le persone indicate nel predetto articolo (2). Ma se la dispensa sia stata accordata *ad unanimità*, non si farà luogo a ricorso per parte delle persone accennate nel § 2 dell'art. 260; e neppure per parte del tutore o protutore surrogato a quello che fu dispensato, non potendo egli allegare fondatamente che

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 598.
(2) V. sopra, n. 85, pag. 345; Ricci, vol. I, n. 406.

sia stata violata in suo danno la legge col dispensare il primo tutore o protutore, senzachè esistesse una causa legale di scusa, dal momento che l'art. 276 attribuisce al consiglio di famiglia la facoltà di dispensare codesti funzionari anche per cause estralegali, qualora riconosca ciò conveniente nell'interesse del minore (1).

Il caso opposto, in cui il consiglio di famiglia abbia deciso pel rigetto della domanda di dispensa, presentata dal tutore o dal protutore, essendo regolato dalla speciale disposizione dell'art. 275; ne deriva, secondo la massima dimostrata, che siano rese con ciò affatto inapplicabili ad un tal caso le disposizioni contenute nell'art. 260, § 2, cod. civile. Partendo da questo concetto, noi troviamo che nel predetto art. 275, § 2 non si distingue se la decisione, che abbia rigettata la domanda di dispensa, sia stata pronunciata dal consiglio a sola maggioranza o ad unanimità. Anche in quest'ultimo caso sarà dunque impugnabile la deliberazione; e ciò d'altronde è perfettamente razionale, non essendo ammissibile che pel voto, sia pure concorde, del consiglio di famiglia possa essere arbitrariamente ed irreparabilmente conculcato il diritto, spettante al tutore od al protutore, di ottenere dispensa per le cause determinate dalla legge (2).

Troviamo parimente che il diritto d'impugnare la decisione del consiglio è attribuito *al tutore o al protutore*, che *propose la domanda di dispensa stata respinta*. Dobbiamo dunque arguirne che a lui soltanto, e non alle altre persone indicate dall'art. 260, § 2, spetti in questo caso la facoltà del ricorso. D'altro lato anche questa massima sembra giustificabile teoricamente. Trattasi d'un diritto strettamente personale, di cui il tutore o il protutore aveva promosso l'esercizio, chiedendo quella dispensa, che era puramente facoltativa a lui d'invocare. Ora, se alla

(1) V. sopra, n. 84, pag. 337; Ricci, l. c.
(2) V. sopra, n. 84, pag. 337.

decisione contraria del consiglio di famiglia si acquieta il tutore o il protutore stesso, come potrebbe ammettersi che quella decisione fosse impugnabile da altri, da quelli tra i componenti il consiglio, che avessero dato voto contrario? Ciò equivarrebbe a rendere indirettamente obbligatorio quello che per legge è semplicemente facoltativo da parte del tutore o del protutore; equivarrebbe in sostanza a trasmutare la dispensa in una esclusione o rimozione da quell'ufficio, che il tutore o il protutore consentiva ad assumere o continuare.

L'art. 275 non stabilisce alcun termine, entro cui sia necessario aver presentato il richiamo contro la deliberazione del consiglio che abbia respinta la domanda di dispensa. Fu proposto il dubbio se fosse applicabile per analogia la disposizione dell'art. 815 del codice di procedura civile, che fissa il termine di quindici giorni dalla data delle deliberazioni prese a maggioranza di voti dal consiglio di famiglia, acciocchè i membri della minoranza dissenziente possano validamente impugnarle davanti al tribunale. Ma fu risposto negativamente; attesochè si tratti " di caso e di legge particolare, da non potersi quindi, " quasi per analogia, estendere ad altri casi „ (1). E questa risoluzione ci sembra giusta e inevitabile; essendo manifestamente arbitrario il costituire un termine, che non trova base in un testo positivo di legge, facendolo sorgere per analogia da ciò che la legge ha stabilito per un caso diverso, e per di più considerare quel termine come perentorio, e farne quindi derivare la nullità del ricorso, che sarebbe tardivo. Ma non è certamente a dirsi per questo che l'impugnazione della deliberazione del consiglio dinanzi al tribunale possa essere promossa utilmente *in qualunque tempo*. Non bisogna dimenticare che la rinunzia espressa o tacita del funzionario, che avrebbe avuto a norma di legge il diritto alla dispensa, può precluder l'adito a questa.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 275, vol. I, § 602, pag. 959.

Nè d'altra parte è possibile disconoscere che anche il ritardo ad impugnare la decisione del consiglio che respinse la domanda, e l'avere conseguentemente continuato ad esercitare le funzioni da cui era chiesta la dispensa, può porgere un importante elemento di prova della rinunzia tacita, la quale potrebb'essere ritenuta constante dal tribunale, in concorso d'altre presunzioni gravi, precise e concordanti; salvo che ciò non impedirebbe potersi poi dal consiglio, a norma dell'art. 276, esonerare facoltativamente il tutore od il protutore, qualora ciò si riconoscesse opportuno per l'interesse del minore.

La legge concedendo al tutore o protutore, la cui domanda di dispensa sia stata respinta dal consiglio di famiglia, la facoltà d'impugnare quella decisione dinanzi al tribunale, obbliga però il tutore o protutore stesso a continuare frattanto, e finchè non sia definitivamente esonerato per sentenza che abbia autorità di cosa giudicata, a *continuare l'esercizio delle sue funzioni*. E se ne comprende facilmente il motivo; di ovviare i danni, a cui rimarrebbe esposto il minore, se pendente il giudizio, durante il quale non si fa luogo a sostituire un nuovo funzionario a quello la cui istanza di scusa ha incontro il rigetto, potesse egli pure astenersi dalle funzioni, delle quali è legittimamente investito. Ciò però ha suggerito il dubbio, se questo esercizio di funzioni, che eventualmente possono cessare coll'accoglimento del ricorso, abbia da considerarsi come tenuto a titolo di vera tutela. Qualche autore francese ha risposto distinguendo: “ se la scusa sia in definitivo re-“ spinta, il tutore avrà avuto questa qualità fin da prin-“ cipio, e l'avrà conservata sempre; se al contrario la scusa “ venga ammessa, si riputerà ch'egli non sia mai stato “ tutore „ (1). Questa stessa opinione fu riprodotta anche sotto il codice nostro (2); il quale però presenta, se non

(1) Demolombe, t. VII, n. 457.
(2) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 598.

erriamo, una differenza assai rilevante a fronte del Francese, giacchè in questo era detto che “ durante la lite, il tutore, il quale avesse ricorso ai tribunali contro la decisione del consiglio che avesse rigettati gli addotti motivi di scusa, era *tenuto ad amministrare provvisionalmente* „ (art. 440 cod. Franc.); mentre nel nostro art. 275 si dice che il tutore o protutore “ *è tenuto intanto a continuare l'esercizio delle sue funzioni* „. Ora, secondo il significato naturale di questa espressione, le funzioni che si *continuano ad esercitare*, conservano lo stesso loro carattere originario, e debbono quindi avere identiche conseguenze giuridiche; non si trasmutano in una semplice *amministrazione provvisoria*.

Da ciò deve poi derivare, che quando pure si cessi più tardi da quelle funzioni, per dispensa pronunciata dal tribunale, non si possa tuttavia, quanto al passato, prescindere dal ritenere che incombessero al funzionario della tutela tutti gli obblighi inerenti all'ufficio suo, e dall'addossargli per conseguenza tutta la responsabilità corrispondente agli obblighi stessi. E dee derivarne parimente, che pendente il giudizio al funzionario predetto spettino ancora tutti i poteri che sono proprii del suo ufficio, nè abbia quindi a limitarsi, come reputava il citato autore francese, *agli atti d'amministrazione necessari e che non ammettano dilazione.* Aggiungeremo parerci anche più conforme ai principii la massima adottata nel nostro codice. Se un tutore od un protutore ha promossa davanti al consiglio di famiglia una domanda di dispensa, che fu rigettata, non apparisce ragion sufficiente perchè il solo fatto d'aver reclamato al tribunale contro quella decisione, secondo la facoltà che gliene dava la legge, abbia a bastare per produrre intanto un cangiamento fondamentale nella sua posizione giuridica, e spogliarlo di poteri che gli sono attribuiti, nell'interesse non suo, ma del minore, ed esonerarlo dagli obblighi, che l'ufficio suo gl'imponeva. Sia pure che intervenga più tardi la sentenza del tribunale, la quale ammetta la dispensa

domandata. Ciò produrrà effetti per l'avvenire, ma non retroattivi; poichè anche chi ha diritto ad essere dispensato, non cessa per questo di avere la qualità legale di tutore o di protutore, e la conserva finchè in seguito della domanda, ch'egli ha facoltà di proporre, non sia stato effettivamente dispensato. Sono solamente coloro, i quali a norma dell'art. 272 sono *dispensati di diritto* dagli uffici di tutore o di protutore, che indipendentemente da decisione del consiglio, o da sentenza del tribunale, se ne trovano esonerati per legge sin dal momento in cui tali uffici sarebbersi a loro devoluti. In questo senso ha manifestata l'autorevole opinione sua un altro dei nostri scrittori (1).

Nell'ultimo paragrafo dell'articolo 275 è dichiarato che quando il tutore o il protutore abbia impugnata dinanzi al tribunale la deliberazione consigliare, che respingeva la domanda di dispensa “ un delegato speciale del consiglio “ di famiglia sarà ammesso a difenderne la decisione „. Ciò non è che la ripetizione, per questo caso speciale, della massima che il nostro legislatore ha adottata per tutti i casi, in cui siano impugnate nel merito le deliberazioni del consiglio di famiglia non soggette ad omologazione e non unanimi (art. 815, § 2 cod. proc. civ.). E certamente le stesse ragioni, di semplificazioni e di economia nel giudizio di cui si tratta, giustificavano qui pure l'applicazione di questa massima. La quale, del resto, era opportuno che fosse anche per questo caso espressamente enunciata, al fine di togliere il dubbio, che altrimenti avrebbe potuto nascere, se questa disposizione, che nell'art. 815, § 2 del cod. di proc. civ. era scritta soltanto per le deliberazioni del consiglio di famiglia *non prese all'unanimità*, fosse estendibile al caso d'impugnazione della deliberazione consigliare, che avesse respinta la domanda di dispensa; mentre una tale deliberazione è soggetta a ricorso davanti il tribunale, non ostante che sia stata pronunciata a voti unanimi.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 275, vol. I, § 602, pag. 958.

Sezione V.

Dell'esercizio della tutela.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 151. Da qual momento cominci l'esercizio della tutela. — 152. Osservazioni generali intorno agli uffici del tutore nell'amministrazione tutelare. Partizione della materia.

151. Dopo avere esaminato partitamente l'organismo della tutela, parlando dei diversi funzionari che ne fanno parte, dobbiamo ora occuparci del modo in cui ciascun d'essi agisce nell'esercizio della tutela stessa. Imparammo a conoscere le singole parti della macchina, che la legge ha costrutta per servire all'amministrazione tutelare; resta che vediamo quale sia l'azione distinta di ognuna di esse, e quale il loro coordinamento allo scopo comune. Intorno a che è notevole, innanzi tutto, come principalissima e fondamentale sia nell'esercizio della tutela l'opera del tutore, alla quale si rannodano infatti tutte le funzioni dalla legge assegnate agli altri uffici tutelari. Al tutore è affidata la cura della persona del minore, la rappresentanza di lui in tutti gli atti civili, l'amministrazione dei beni. Il protutore, il consiglio di famiglia, la stessa autorità giudiziaria non sono chiamati che per intervenire in qualche atto particolare, o per abilitare il tutore a compierne alcuni altri, o per stabilirgli le norme da seguire in certe parti del governo tutelare.

Gravissimo fra tutti, nella materia di cui trattiamo, è l'argomento che ora prendiamo a svolgere; poichè, come fu notato giustamente “ la parte più essenziale del diritto “ tutelare è certamente quella che concerne l'esercizio della “ tutela „ (1). Ma prima ancora di addentrarci in queste

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 82.

importanti ricerche, è necessario risolvere un punto fondamentale, intorno a cui il nostro diritto positivo può lasciar luogo a qualche incertezza. Quale è il momento preciso in cui debba intendersi cominciato legalmente l'esercizio della tutela? Considerato tale quesito in senso generale ed assoluto, la risposta non potrebb'essere dubbia. Dal momento medesimo in cui la tutela si apre, deve necessariamente incominciare l'esercizio di essa. Sarebbe inconcepibile, sarebbe inconciliabile collo scopo della legge, che il minore rimanesse anche per brevissimo tempo abbandonato in quella condizione di completa incapacità, in cui la legge stessa lo costituisce, senza che fosse provveduto all'esercizio della tutela destinata a difenderne la persona, a proteggerne gl'interessi, a governarne i beni. E infatti vedemmo la legge curarsi di stabilire mezzi, pei quali, appena verificatosi l'aprimento della tutela, il fatto che vi die' luogo fosse immediatamente portato a notizia del pretore, acciocchè questo magistrato convocasse nel più breve termine il consiglio di famiglia per dare i provvedimenti occorrenti nell'interesse del minore (art. 250 codice civile). Ma se si considera lo stesso quesito in relazione alla persona del tutore, e per quanto può concernere agli obblighi ed alla conseguente responsabilità di lui, è chiaro che la risposta non può essere la stessa; non essendo sufficiente il fatto dell'aprimento della tutela per imporre la responsabilità dell'esercizio di essa a chi sia chiamato alle funzioni di tutore, mentre quel fatto stesso, od almeno il deferimento a sè di tale ufficio, può essere da lui ignorato, o può egli trovarsi per ragioni di distanza, o per altra causa nella impossibilità di assumere immediatamente le proprie funzioni.

Quale sarà adunque, ripetiamo, il momento preciso, in cui l'obbligazione legale di esercitare la tutela incomberà al tutore, il momento in cui egli diverrà responsabile di aver ommessi gli atti che nell'interesse del minore sarebbero stati indispensabili?

Lo stesso quesito proponevasi pure in diritto francese. E per riguardo al tutore dativo, rispondeva espressamente il testo dell'art. 418 del codice Napoleone, dichiarando che " il tutore, in tale qualità, agirà ed amministrerà, dal " giorno della sua nomina, se era presente; diversamente " dal giorno in cui gli sarà stata notificata „. Per analogia poi da questa disposizione, qualche autore ammetteva che anche il tutore testamentario dovesse essere responsabile dal giorno dell'apertura del testamento, qualora vi si fosse trovato presente, o altrimenti dal giorno in cui la disposizione testamentaria, colla quale era nominato tutore, gli fosse stata notificata (1). Altri invece, non reputando indispensabile una legale notificazione, faceva datare la responsabilità del tutore testamentario dal giorno in cui per qualunque mezzo fosse venuto a conoscere tale sua qualità (2).

Una maggiore differenza di opinioni si manifestava rispetto al tutore legittimo; poichè mentre alcuni lo ritenevano parimente responsabile a partire dal giorno nel quale in qualunque modo avesse avuto notizia del fatto che dava luogo a deferirsi a lui la tutela (3), vi era invece chi pensava che il tutore legittimo dovesse riguardarsi come entrato nell'esercizio di sue funzioni indistintamente dal momento stesso in cui la tutela si fosse aperta, per la speciosa considerazione ch'egli non potesse allegare l'ignoranza della legge, che lo investiva di quell'ufficio (4), e chi all'opposto sosteneva la necessità d'una notificazione legale, che avvertisse anche il tutore legittimo dell'ufficio impostogli (5). Tra i commentatori del codice nostro, qual-

(1) V. Marcadé, art. 418, t. II, n. 212.

(2) V. Duranton, t. III, n. 533; Demolombe, t. VII, n. 524-525; Aubry et Rau, t. I, § 110, n. 2; Laurent, t. V, n. 6.

(3) V. Marcadé, l. c.; Demolombe, t. VII, n. 523; Aubry et Rau, l. c., n. 1; Laurent, l. c.

(4) V. Merlin, *Rép.*, voce *Inscription hypothécaire*, § 3, n. 6; Troplong, *Des priv. et hyp.*, t. II, 428.

(5) V. Laissaulx, *Comm. du Cod. Nap.*, t. II, pag. 437; De Erminville, *De la min. et de la tut.*, t. I, n. 186.

cuno, argomentando dal disposto dell'art. 281, pensò che per qualunque tutore, fosse poi testamentario, legittimo o dativo, la responsabilità dell'esercizio della tutela avesse a cominciare solamente dal giorno in cui per regolare notificazione il tutore medesimo *avesse avuto legalmente notizia della sua qualità* (1); altri, spingendo più innanzi ancora l'argomento tratto dalla citata disposizione, parve ritenere che solo entro il termine di dieci giorni, a contare da quello in cui abbia avuto legalmente notizia della sua qualità, sia tenuto il tutore a cominciare l'esercizio delle sue funzioni (2); altri, infine, reputò doversi distinguere tra le varie specie di tutela, insegnando che pel tutore testamentario e pel dativo la responsabilità cominci dal giorno in cui l'atto di nomina gli sia stato legalmente notificato, salvo che il tutore medesimo siasi trovato presente alla solenne apertura del testamento, od alla deliberazione del consiglio di famiglia; mentre pel tutore legittimo corra tosto l'obbligo di assumere l'esercizio delle sue funzioni, in qualunque modo e in qualunque tempo sia venuto a conoscere il mandato che ha dalla legge (3).

Questa stessa diversità di opinioni accusa la incertezza, che per mancanza d'un testo positivo domina sopra un punto, che, pure può talvolta avere in pratica una gravissima importanza.

Nel nostro codice non fu riprodotta la disposizione dell'art. 418 del Francese, che per la tutela dativa faceva decorrere l'obbligo del tutore di agire nell'interesse del minore sin dal giorno della nomina, se vi si trovasse presente, o altrimenti dal giorno in cui l'atto di nomina gli fosse stato legalmente notificato; e che lasciava luogo a disputare se una simile massima dovesse applicarsi per analogia alla tutela testamentaria ed a quella legittima. Il silenzio della legge su questo particolare costringe pertanto

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 600.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 430.
(3) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 260.

a ricorrere ai principii generali di diritto (art. 3, § 2, disposizioni prelim.). Essi c'insegnano che fin dal momento in cui la tutela è aperta, l'esercizio di essa non può soffrire ritardi nè interruzioni; e sebbene non siano ancora adempite le formalità preliminari necessarie affinchè il tutore possa assumere definitivamente il pieno esercizio del proprio ufficio, o sebbene il tutore manchi, il minore però deve sempre essere legittimamente rappresentato almeno *per gli atti che non ammettono dilazione*, i quali devono essere imprescindibilmente compiuti (arg. art. 266, § 2, 289 cod. civ.). Gli stessi principii c'insegnano pure che il tutore testamentario e il dativo, non meno che il tutore legittimo, riconoscono il loro ufficio e ricevono il loro mandato direttamente dalla legge, e il testatore e il consiglio di famiglia non sono che gli organi, col mezzo dei quali, e in virtù dell'autorizzazione datane dalla legge stessa, vien designata la persona del tutore (1). Or che dobbiamo raccogliere da tutto ciò? Evidentemente, che senza distinzione ammissibile fra tutela testamentaria, legittima e dativa, essendo il tutore per virtù diretta di legge immediatamente investito dell'ufficio suo, e tale ufficio dovendo essere nell'interesse del minore esercitato senza ritardo, quanto almeno agli affari che non ammettono dilazione; gli obblighi relativi e la responsabilità del tutore medesimo, qualunque esso fosse, dovrebbero quindi normalmente cominciare dal momento stesso dell'aprimento della tutela. Si obbietterà forse che codesta necessità dell'immediato esercizio della tutela per parte del tutore non sussiste, spettando in mancanza di lui al protutore di rappresentare il minorenne e fare gli atti amministrativi che non ammettano dilazione (art. 266, § 2, cod. civ.) e che, d'altro lato, in mancanza del protutore, è vietato al tutore di assumere l'esercizio della tutela (art. 265, § 1, cod. civ.)? Ma può non esservi un protutore testamentario; e in tal caso il promuovere la nomina del

(1) V. sopra, n. 10, pag. 21, n. 14, pag. 36.

protutore dativo è anzi il primo degli obblighi che il tutore deve compiere nell'esercizio dell'ufficio suo (art. 265, § 1, cod. civ.); e frattanto, sebbene il tutore non possa assumere pienamente tutte le proprie funzioni, può però e deve esercitare l'amministrazione limitandola *agli affari che non ammettono dilazione* (1). Eppoi, quand'anche vi fosse un protutore, questi non potrebbe esercitare l'amministrazione, se non quando la tutela fosse vacante o abbandonata (d.° art. 266, § 2). Forsechè potrà dirsi *vacante* la tutela, quando vi sia di fatto persona legittimamente investita dell'ufficio di tutore? Se dunque non cominciasse immediatamente la responsabilità del tutore, ne seguirebbe che il minore dovrebbe subire i danni derivabili dalla ommissione di quegli atti urgenti, dei quali frattanto si verificasse il bisogno, senzachè gli spettasse contro nessuno l'azione per ottenerne risarcimento.

Certo è però che ad indurre la responsabilità del tutore non può bastare il solo fatto dell'apertura della tutela, come qualche autore affermò relativamente al tutore legittimo. È troppo evidente essere indispensabile che quel fatto stesso sia giunto a notizia del tutore, qualunque sia; che inoltre egli abbia saputo d'essere chiamato a quelle funzioni; che, infine, siasi trovato nella possibilità di esercitarle. E non è men certo, d'altra parte, che quando pure codeste circostanze concorrano, non bastano ancora a rendere responsabile il tutore per tutti assolutamente gli atti proprii dell'amministrazione tutelare; poichè fino a quando non sia compiuto l'inventario, il tutore stesso è nell'impossibilità legale di fare altri atti, fuori dei conservatorii e di quelli, tra gli amministrativi, che non ammettano dilazione (art. 289 cod. civ.). Ma per codesti atti appunto, conservatorii od urgenti, la responsabilità del tutore comincia dal giorno in cui essendo aperta la tutela egli abbia avuto per qualunque mezzo notizia di tale fatto,

(1) V. sopra, n. 116, pag. 498, 499.

ed abbia pure saputo d'essere o per legge, o per disposizione testamentaria, o per deliberazione del consiglio di famiglia chiamato a quelle funzioni. La necessità che una tale notizia sia giunta al tutore col mezzo d'una notificazione legale, mentre non è indotta da un testo di legge, non è poi neppure dimostrata da alcuna ragione; poichè l'essenziale consiste solo nella conoscenza, che il tutore abbia, dell'ufficio che gl'incombe, e la notificazione non è che uno dei mezzi da cui tale conoscenza può risultare provata.

Le considerazioni che abbiamo finora esposte, sono applicabili del pari a qualunque tutela; nè crediamo potersi seguire le distinzioni proposte, come sopra riferimmo, da alcuni autori. Non ammetteremmo che il tutore legittimo avesse a ritenersi responsabile fin dal momento dell'apertura della tutela indipendentemente da qualunque prova, ch'egli sapesse spettargli per legge l'ufficio di tutore. È specioso, ma non giusto l'allegare ch'egli non possa ignorare la disposizione della legge, che gli impone l'ufficio di tutore. Ben però può ignorare che la tutela siasi aperta, od almeno che l'ufficio di tutore gli spetti; perchè può credere ancora vivente uno dei genitori del minorenne, o l'avo materno può credere che sia tuttora in vita l'avo paterno. Trattandosi di addossargli la responsabilità pecuniaria per l'ommesso esercizio del suo ufficio, bisogna pur provare che abbia avuto conoscenza del deferimento a sè della tutela.

Neppure ammetteremmo che il tutore dativo non potesse esser tenuto responsabile fuorchè dal giorno in cui gli fosse stata notificata legalmente la deliberazione del consiglio, che lo avesse nominato, qualora a tale deliberazione non foss'egli stato presente. La conoscenza, ch'egli abbia avuta di quella nomina, può bene talora essere provata con sicurezza non minore, sebbene chi fu eletto tutore non sia intervenuto all'adunanza del consiglio di famiglia; come quando nella qualità appunto di tutore avesse egli fatto

istanza per la rimozione dei sigilli ed iniziato il procedimento per la formazione dell'inventario, e prima che questo fosse compiuto si fosse presentata la necessità di qualche atto amministrativo urgente, che il tutore stesso non avesse curato di fare. Nel medesimo caso, ed in altri somiglianti, può parimente esser provato che abbia avuto conoscenza della qualità sua, e sia quindi responsabile il tutore testamentario, quantunque nè siasi egli trovato presente alla solenne apertura del testamento, nè l'atto di sua nomina gli sia stato legalmente notificato.

Si è voluto argomentare dal disposto dell'art. 281 del codice civile, che stabilisce al tutore il termine di dieci giorni, decorribili da quello in cui egli *abbia avuto legalmente notizia della sua qualità*, per fare istanza acciocchè vengano tolti i sigilli che fossero stati apposti, e far procedere alla compilazione dell'inventario, e si è preteso dedurne che solamente dopo quel termine di dieci giorni cominci la responsabilità del tutore, od almeno non cominci se non dal giorno della notificazione legale a lui fatta. Ma quella disposizione particolare, riguardante solo l'adempimento d'una speciale obbligazione del tutore, sembra evidente che non possa invocarsi per determinare il punto di partenza della responsabilità di lui. Era giusto prefiggere un termine, quantunque breve, per intraprendere una operazione che può richiedere qualche preparazione. Non apparirebbe invece motivo bastante a giustificare che la responsabilità del tutore cominciasse soltanto dopo quel termine; sicchè dovesse egli, sotto la propria responsabilità, compiere gli atti amministrativi d'urgenza, dei quali la necessità si presentasse dopo i dieci giorni e non pendente quel termine. Che poi il cominciare della responsabilità del tutore non abbia a dipendere nemmeno da una legale notificazione, che gli si debba fare, ci par dimostrabile con una semplicissima osservazione. Se una conclusione simile avesse veramente a dedursi, come si pretende, dal disposto dell'articolo 281, non si potrebbe per altro

prescindere dal considerare che quella disposizione è stabilita generalmente per qualunque tutore. Ora è tanto lontano dall'intenzione del legislatore di subordinare l'incominciamento delle funzioni dei tutori testamentari o legittimi ad una notificazione legale da farsi ad essi, che anzi l'articolo 250, § 2, annovera *il tutore nominato dal genitore ed il tutore legittimo* fra quelle persone che, sotto pena dei danni in solido *debbono denunciare al pretore il fatto che dà luogo alla tutela. Al tutore nominato dal consiglio*, qualora non sia stato presente alla deliberazione, deve veramente notificarsi la nomina per atto d'usciere ed a cura del cancelliere della pretura (art. 813 cod. proc. civ.). E se ciò sia adempito, non vi è dubbio che nel giorno successivo a quello della notificazione comincierà la responsabilità del tutore. Ma supposto pure che tale notificazione fosse stata ommessa, e tuttavia constasse certamente che il tutore fosse stato per altri mezzi edotto della sua nomina, non si vedrebbe ragione per esimerlo da quella responsabilità che doveva derivargli senz'altro dalla qualità di cui era investito per legge dopo la nomina regolarmente fattane per deliberazione del consiglio.

Conchiudendo, pertanto, ci sembra che la responsabilità del tutore abbia a reputarsi cominciata dal momento in cui consti aver esso avuto notizia dell'aprimento della tutela e della qualità propria di tutore; sia che tale conoscenza gli sia derivata da una notificazione legale, o da un altro mezzo qualsiasi; e senza distinguere se si tratti di tutela testamentaria, o legittima, o dativa.

152. Notammo altra volta come gli uffici tutti del tutore nell'esercizio della tutela siano compendiati in quella formola, con cui l'art. 277 del codice civile dispone che “ il tutore ha la cura della persona del minore, lo “ rappresenta negli atti civili e ne amministra i beni „ (1).

(1) V. sopra, n. 16, pag. 48.

Senonchè veramente tutto riducesi in ultimo a questi due sommi uffici, la cura della persona e l'amministrazione dei beni, dei quali non è che una speciale manifestazione la rappresentanza che il tutore ha del minore in tutti gli atti della vita civile; avvegnachè ognuno di tali atti alla persona od ai beni del minore stesso necessariamente si riferisca, nè possa il tutore soddisfare perfettamente alla propria missione nella cura della persona o nell'amministrazione dei beni del minore, senza compiere in rappresentanza di lui quegli atti.

Dipendentemente dai preaccennati due sommi uffici spettano al tutore poteri, come gl'incombono obblighi, e quelli non sono anzi che mezzi per l'adempimento di questi; dappoichè nessuna ragione potrebb'esservi per assoggettare il tutelato ad una potestà qualunque del tutore, se ciò non fosse necessario per dare a quest'ultimo i mezzi onde compiere nei migliori modi la missione che gli è imposta nell'interesse del primo.

Da ciò si scorge quale intimo legame esista tra i poteri e i doveri del tutore, e quanto malagevole debba riuscire nella trattazione di questa materia il tenere assolutamente distinti gli uni dagli altri; chè se vi hanno alcune poche obbligazioni, le quali incombono al tutore senza che corrisponda ad esse qualche speciale potere da esercitare, quali sarebbero quelle di compilare l'inventario, di dar cauzione, di far determinare dal consiglio di famiglia l'annua spesa da destinarsi per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio, generalmente però i poteri del tutore sono conseguenti alle obbligazioni che a lui incombono, ed alle obbligazioni si associano necessariamente i poteri, che sono mezzi indispensabili per l'adempimento di quelle.

Non seguiremo pertanto questa distinzione che qualche autore volle assumere come fondamentale nello svolgimento della presente materia; ma attenendoci invece all'altra distinzione, tra ciò che riguarda la cura della persona e

l'amministrazione dei beni del minore, ne faremo argomento di due distinti paragrafi, comprendendo tuttavia in ciascuno tanto ciò che concerne i poteri, quanto i doveri del tutore. Siccome poi i principii relativi alla rappresentanza del minore, essendo applicabili sì per quanto si riferisce alla persona, che al patrimonio di lui, possono considerarsi come comuni ad ambedue le materie, ne tratteremo preliminarmente in un primo paragrafo. Da ultimo parleremo degli effetti derivanti dagli atti del tutore, sia nei rapporti tra lui e l'amministrato, sia nei rapporti del tutore e dell'amministrato con terze persone.

§ I. — *Della rappresentanza del minore soggetto a tutela negli atti civili.*

Sommario. — 153. Fondamento ed estensione del principio che il tutore rappresenta il minore negli atti civili. — 154. Limitazioni, a cui va soggetto il predetto principio generale. — 155. Atti, che divengono impossibili durante la tutela, non potendo per essi il minore essere rappresentato dal tutore. — 156. Atti, che il minore può compiere personalmente senza alcuna formalità abilitante. — 157. Atti, che il minore può compiere personalmente, osservando però certe forme abilitanti. — 158. Conseguenze giuridiche del non essere il minore stato rappresentato dal tutore negli atti in cui ciò è necessario, o dall'avere il minore preso parte personalmente a quegli atti.

153. *Il tutore rappresenta negli atti civili il minore.* A questo semplicissimo e generale dettato dell'art. 277 il diritto positivo nostro non fa seguire alcuna norma particolare che regoli codesta rappresentanza del minore attribuita al tutore. E nondimeno neppure in questa materia mancano difficoltà; a risolvere le quali non possiamo quindi trovare altra guida che nei principii generali di diritto.

Osservammo già, sì nel titolo della patria potestà che in questo della tutela, come siasi dovuto affidare ad altri la rappresentanza del minore in tutti gli atti civili, per ciò stesso che quest'ultimo fu costituito in uno stato di com-

pleta incapacità civile (1). Se però era quella una necessità manifesta trattandosi di chi per età fosse ancora incapace naturalmente, non potrebbe veramente dirsi altrettanto per quello la cui incapacità fosse soltanto civile, avendo egli raggiunto un sufficiente sviluppo delle proprie facoltà intellettuali per avere la naturale capacità di trattare gli affari proprii. Ed è infatti notata dagli autori come una importante innovazione sul diritto romano, recata dalle legislazioni moderne, il non avere più limitata la missione del tutore alla semplice autorizzazione degli atti compiuti personalmente dal pupillo, che non fosse infante o prossimo all'infanzia, e la cui capacità venisse per tal modo integrata mediante l'assistenza e l'autorizzazione di quello, ma avervi sostituito la completa incapacità civile della persona finchè non abbia raggiunta la maggiore età, e conseguentemente il mandato al tutore di rappresentare in tutti gli atti civili il minore stesso, il quale, di regola, non debba prendervi personalmente parte (2). Quale sia la ragione giustificante codesta innovazione è facile riconoscere. Se il minorenne, allorchè avesse raggiunto uno stato di sufficiente capacità naturale, dovesse figurare personalmente negli atti che lo riguardassero, basterebbe una semplice resistenza passiva di lui per impedire che quegli atti si compiessero, e ciò potrebb'essere con grave danno della gestione tutelare, in causa della imperfetta intelligenza e della inesperienza che si presume nel tutelato. L'affidare la completa rappresentanza di lui al tutore, che sia chiamato a figurare da solo negli atti d'interesse dell'amministrato, è quindi un mezzo efficace per svincolare la gestione tutoria da un ostacolo, che potrebbe dannosamente inceppparla, per evitare un conflitto tra la volontà del tutore e quella del minore, ed offrire così una guarentigia di più per la bontà di quella gestione.

(1) V. sopra, n. 6, pag. 16.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 528; Aubry et Rau, t. I, § 109, nota 1.

Il motivo ora accennato è generale, come generale è la espressione del testo che affida al tutore la rappresentanza del minore *per gli atti civili*, senza distinzione alcuna; epperò non può essere dubbio che per qualunque atto, o sia giudiziale o stragiudiziale, o riguardi la persona del minore, o i beni di lui, è sempre ed unicamente il tutore che deve figurare rappresentando il minore ed agendo per lui, o difendendolo contro le azioni altrui. E quanto agli atti giudiziali, pare indubitabile che quelli i quali fossero intentati dal minore o contro di lui direttamente e personalmente, sarebbero affatto inefficaci, perchè promossi da persona o contro persona non avente giuridicamente la qualità necessaria. Ma, invece, già notammo nel luogo sopra ricordato, che l'intervento personale del minore in un atto estragiudiziale, che d'altronde fosse stato compiuto col consenso del tutore, non basterebbe a render nullo l'atto medesimo. Sul quale argomento avremo, del resto, occasione di ritornare più diffusamente in uno dei numeri successivi.

154. Il principio generale predetto non è però da riguardarsi come assoluto per guisa da escludere qualunque limitazione possibile. Vi sono atti, già lo avvertimmo più volte e lo ricordammo anche nel capo precedente, nei quali, per la intrinseca natura loro, si richiede essenzialmente il concorso personale di colui nell'interesse del quale si fanno; perchè simili atti, per la loro propria indole, non possono essere che una emanazione ed una manifestazione diretta della volontà di questa persona. E in tali casi è troppo evidente la impossibilità giuridica che atti di questa specie si compiano col mezzo d'un *mandatario legale*, che in essi il minore possa essere rappresentato dal tutore (1).

Senonchè, anche in ordine a codesti atti, possono verificarsi casi assai diversi. E se talvolta, non potendo compierli nè il tutore in rappresentanza del minore, nè questi

(1) V. sopra, n. 3, pag. 8.

stesso, sia da sè solo, sia coll'autorizzazione altrui, diventano essi affatto impossibili durante la minore età della persona dalla quale avrebbero da emanare; altre volte, invece, è esclusa soltanto pel tutore la facoltà di effettuare certi atti rappresentando il minorenne, ma questi può compierli personalmente sotto certe condizioni stabilite dalla legge; e, secondo i casi, può farlo da sè solo, o con l'assistenza e il consenso delle persone alla cui autorità la legge medesima lo assoggetta.

Su ciascuno di questi casi daremo separatamente qualche cenno nei numeri successivi.

155. Esempi evidentissimi di atti giuridicamente impossibili durante la minore età, sono le *donazioni*, e, più generalmente, tutti quelli di liberalità; i quali, per l'intima natura loro, e per la *causa di beneficenza* su cui si fondano, non possono procedere che da una manifestazione diretta e pienamente indipendente della volontà della persona. D'altra parte non possono esser leciti a chi rappresenta legalmente il tutelato atti di disposizione dei beni di lui, che non siano giustificati da cause di necessità o di utilità evidente; al che contraddice apertamente ed assolutamente il titolo stesso d'ogni liberalità.

Ciò per altro non impedirebbe di considerare come appartenenti alle facoltà del tutore quei doni rimuneratorii o quei regali d'uso, che appunto per la causa da cui dipendono, o per le costumanze sociali, si riguardano come doveri di equità o di convenienza, anzichè come vere liberalità, e che d'altra parte, per la tenue loro importanza soddisfacendosi sulle rendite, senza diminuzione della sostanza patrimoniale, possono comprendersi tra gli atti di semplice amministrazione. Intorno a ciò non abbiamo che a riferirci a quanto esponemmo sullo stesso argomento trattando della patria potestà (1).

(1) V. vol. VII, n. 211, pag. 521, 522.

La massima che le donazioni siano vietate durante la minore età della persona, i cui beni ne formino oggetto, risulta anche dalla espressa disposizione dell'art. 1052 del nostro codice; in quanto che tra le persone che *non possono donare* è ivi annoverato " il minore, sebbene emanci- " pato, *salve le disposizioni particolari relative al contratto* " *di matrimonio* „. In virtù poi di quest'ultima riserva e del disposto dell'art. 1386, a cui essa si riferisce, le donazioni che si facciano da un minore nel contratto di suo matrimonio, vanno classificate, come avremo occasione di vedere appresso, tra gli atti che il minore non può fare se non col concorso di certe forme abilitanti.

156. Vi sono atti nei quali, oltre al verificarsi il carattere di esclusiva e stretta personalità, era essenziale eziandio che fosse guarentita la più perfetta indipendenza di chi li compie da ogni influenza esteriore.

Tali sono le disposizioni testamentarie, nelle quali pertanto, qualora il minore di età fosse ritenuto capace a farle, era impossibile assoggettarlo all'autorizzazione altrui.

Certamente non era da ammettere che bastasse la sola capacità naturale; per un atto di tanta importanza nei rapporti civili, era giusto richiedere una età abbastanza matura e superiore a quella che può bastare per avere una volontà intelligente. Ma ammessa la capacità civile a testare, non si poteva vincolarla a formalità abilitanti, che rendessero necessario l'intervento di altre persone per autorizzare all'atto testamentario il disponente.

Così avvenne che si stabilisse, in ordine alla facoltà di testare, una *minorità speciale*, che la nostra legge ha fissata ai 18 anni, a quell'età stessa nella quale è ammessa l'emancipazione; ma, superata questa minorità, si riconoscesse poi nella persona divenuta capace la piena e libera facoltà di disporre, non meno di quella che è attribuita al maggiore di 21 anni (art. 763, n. 1, cod. civ.).

Vi sono altri atti, i quali, mentre da un lato hanno parimente il carattere di stretta personalità, dall'altro, riguardando principalmente e direttamente, se non in modo assolutamente esclusivo, i rapporti morali di stato della persona, non potevano esser fatti dipendere dalla volontà di altri che di lei stessa; epperò, ammettendo che un minore di età potesse compierli, sarebbe poi stato incongruo lo assoggettarli all'autorizzazione altrui.

Tali sono gli atti di riconoscimento di figliazione naturale, i quali perciò, come più ampiamente dimostrammo a luogo opportuno, possono essere fatti liberamente e senza bisogno di alcuna formalità abilitante, anche da persone minori d'età (1).

In questa categoria, degli atti che un minore d'età può fare efficacemente senza bisogno d'alcuna formalità abilitante, debbono collocarsi ancora tutti quelli che diconsi *conservatorii* (2).

Basta ricordare lo scopo unicamente protezionale di tutte le disposizioni riguardanti la minorità e la tutela; basta ricordare la massima conseguente, che la nullità degli atti, per incapacità del minore che li ha compiuti, è puramente *relativa* al minore stesso, e non può essere opposta dalle persone capaci che abbiano trattato con lui (art. 1107 cod. civ.), per dedurne che il minorenne abbia sempre capacità per far migliore la propria condizione, e che perciò un atto, il quale abbia per solo oggetto la conservazione dei diritti di lui, debba essere pienamente efficace per tale scopo conservatorio, quand'anche sia stato effettuato dal minore stesso senza il concorso di alcuna formalità abilitante. A questo principio è affatto conforme la disposizione espressa dell'art. 1983 cod. civ., che riconosce nel minore, come pure nell'interdetto, la facoltà di richiedere, senza bisogno di assistenza o di autorizzazione alcuna, l'iscri-

(1) V. vol. VI, parte II, ni 98, 98 *bis*, pag. 54 e segg., 64 e segg.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 808; Aubry et Rau, t. I, § 109, nota 10.

zione delle ipoteche legali ad essi spettanti; e ciò stesso offre un giusto argomento di analogia per ogni altro caso di atti aventi il carattere conservatorio.

157. Vi è un'ultima classe di atti, la personalità dei quali impedisce bensì che il tutore possa farli in rappresentanza del minore; ma neppure a quest'ultimo la legge ha conceduto di poterli compiere senza il concorso di certe formalità abilitanti. Ciò avviene per diverse ragioni.

Trattasi talvolta di atti, i quali riguardano principalmente e direttamente lo stato personale del minore, e sotto quest'aspetto potrebbe sembrare ragionevole che, ammessa la capacità di lui, dovesse esserne lasciata a lui solo libera facoltà; ma, considerata la gravità delle conseguenze che potrebbero derivarne pel minore medesimo, considerato che i danni di esse potrebbero essere assai maggiori di quelli che produrrebbe l'impedimento temporaneo di quegli atti pel rifiuto di consenso da parte delle persone chiamate ad autorizzarli, considerata in fine l'importanza di quegli atti nei rapporti dell'ordine stesso sociale, si è reputato opportuno di vincolare il minore all'adempimento di forme abilitanti, consistenti nel consenso che debbasi ottenere di certe persone.

Così fu disposto, quanto al matrimonio, negli art. 64, 65 e 66 del codice civile.

È notevole, però, che in questi casi stessi non è il tutore, come tale, che sia chiamato dalla legge ad integrare col proprio consenso la capacità del minore, ma sono gli avoli o le avole di lui, quantunque da tutt'altre persone sia esercitata la tutela; e in mancanza d'avoli od avole il consenso al matrimonio del minore dev'esser dato dal consiglio di famiglia. I figli naturali legalmente riconosciuti debbono veramente, a norma del citato art. 66, riportare il consenso dei genitori, ai quali spetta pure la tutela legale, secondo l'art. 184. Ma quel consenso stesso non è

dato da essi in virtù della loro qualità di tutori; tanto che, se per qualunque causa non esercitassero tale ufficio, sarebbe tuttavia necessario il consenso loro pel matrimonio del figlio; e in loro mancanza, non il tutore, ma il consiglio di tutela sarebbe chiamato a consentire (1).

Altre volte si tratta d'atti concernenti veramente i rapporti pecuniari; ma l'attenenza inscindibile ch'essi hanno con un atto di stato personale da cui dipendono, comunicando ad essi pure il carattere di esclusiva personalità che di questo è proprio, rende impossibile da una parte il commetterli pel minorenne al tutore come rappresentante di lui, e dall'altra consiglia, per le stesse considerazioni sopra ricordate, di non lasciarli in libera facoltà del minorenne stesso, e fa esigere l'adempimento di quelle identiche formalità abilitanti, che per l'atto principale sono richieste. Quindi è che per le *convenzioni matrimoniali* l'art. 1386 dichiara capace di prestarvi il consenso il minore che sia capace di contrarre matrimonio, ma nel medesimo tempo subordina la loro validità alla condizione che *il minore sia stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio.* Qui pure pertanto torna ad essere applicabile l'osservazione già sopra fatta: che, cioè, non è il tutore che sia chiamato in tale sua qualità ad integrare la capacità del minore, ma d'altre persone è richiesto il consenso per abilitare il minore stesso a compiere validamente un atto, che gli spetta personalmente.

Dalle dimostrazioni che sopra abbiamo fatte risulterebbe questo principio: che il tutore prendendo parte ad un atto nell'interesse del minore, lo fa sempre in rappresentanza piena di quest'ultimo, e non per integrarne semplicemente la capacità; e che per quegli atti, che il minore stesso abbia a fare personalmente, se anche sia prescritta come forma abilitante l'autorizzazione altrui, questa non è pre-

(1) V. vol. V, parte I, n. 87, pag. 334-337.

stata dal tutore come tale, ma da altre persone, ovvero da lui stesso, ma in una qualità diversa.

Nondimeno vi è qualche caso, in cui può essere necessario che a certi atti prestino il consenso il tutore e il minore ad un tempo, e in cui sembrerebbe pertanto che la regola predetta subisse eccezione.

Uno di tali casi si verifica nelle convenzioni, colle quali si obblighi all'altrui servizio l'opera del minore per un certo tempo o per una determinata impresa (art. 1628 cod. civ.). Non può dubitarsi che in tali contratti siavi un carattere di stretta personalità, che renda necessario il consenso del minore. Per altro non sembra da ommettersi in proposito una distinzione, che per quanto possa presentare in pratica qualche difficoltà di applicazione, apparisce tanto giusta in teoria da non poterla lasciare in dimenticanza. Al tutore non sono attribuiti poteri sulla persona del minore, se non in quanto essi costituiscano i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni di provvedere alla persona stessa del minore, dandogli l'educazione e l'istruzione convenienti. Entro questi limiti, e salve le facoltà riservate dalla legge al consiglio di famiglia (art. 278 cod. civ.), può il tutore imporre al minore le proprie determinazioni, e costringerlo ad osservarle; ma fuor di essi non può essergli lecito vincolare in alcun modo la libertà personale del minore non consenziente. Fondandosi su tali principii, se l'opera del minore venga obbligata al fine di procurargli quell'istruzione che gli si destina, se, per esempio, si tratti della convenzione col maestro o capo d'officina, che debba apprendergli una professione od un'arte, dovremo ritenere che non sia necessario il consenso di lui, e basti che la convenzione sia fatta dal tutore in virtù del mandato spettantegli per legge, affinchè quella convenzione obblighi efficacemente il minore stesso. Se invece l'opera di lui venga obbligata per tutt'altro fine, per procurargli un guadagno, per esercitare una professione od un'arte a cui sia già abilitato, la convenzione non potrà

esser valida ed efficace, se il minore medesimo non vi abbia prestato il proprio consenso (1).

Con tutto ciò non crediamo che cotesta teoria possa considerarsi come formante una vera eccezione alla massima sopra indicata, quasichè in questo caso il tutore prendesse parte alla convenzione per integrare la capacità del minore, col cui consenso veramente la convenzione medesima si formasse. La locazione d'opera, per cui si obblighi il minore all'altrui servizio a tempo o per una determinata impresa, è un contratto d'interesse pecuniario, che cade perciò nelle attribuzioni generali del tutore, per la qualità sua di amministratore nell'interesse del tutelato. Il contratto si forma dunque veramente pel consenso del tutore, come rappresentante il minore; solo è necessario che vi acceda anche il consenso personale di quest'ultimo, in quanto quel contratto produce un vincolo alla libertà personale di lui, che il tutore non ha facoltà d'imporgli. All'opposto la massima di cui abbiamo parlato si riferisce a convenzioni, le quali pel loro carattere strettamente ed esclusivamente personale, e per l'interesse morale che vi predomina, od almeno vi si attiene intimamente, non si formano col consenso del tutore in rappresentanza del minore, ma col consenso personale e diretto di questo ultimo: e se deve concorrervi l'autorizzazione altrui, sia pure della persona stessa che eserciti le funzioni di tutore, è a titolo di semplice formalità abilitante.

Anche in ordine agli atti giudiziali sarebbevi, secondo alcuni autori, un caso in cui dovrebbero figurare contemporaneamente il minore ed il tutore; e sarebbe in materia di azione civile pel risarcimento del danno recato da un delitto o da una contravvenzione del minore. Codesta azione civile, giusta l'opinione dei predetti autori, dovrebb'essere diretta nel medesimo tempo contro il minore e contro il tutore, qualora fosse portata direttamente e in via prin-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 798, 799.

cipale davanti il tribunale; mentre nel caso di domanda civile per danni, che fosse formata dalla parte lesa pendente il corso della istanza promossa dal ministero pubblico, non sarebbe necessario che il minore, contro cui quella domanda dovrebb'essere diretta, fosse assistito dal tutore (1). Altri hanno opinato, all'opposto, che, senza distinguere tra l'un caso e l'altro, sia da ritenersi bastante che l'azione civile sia diretta contro il minore, dal cui reato fu recato il danno, del quale si chiede il risarcimento: e ciò perchè l'azione civile, intentata davanti ai tribunali, è accessoria e pedissequa all'azione pubblica, e com'essa può quindi essere intentata contro il minore senza l'assistenza del tutore; perchè la legge sottomettendo l'una e l'altra azione indivisibilmente alla medesima giurisdizione ed alla stessa forma di procedimento, non ha distinto se il prevenuto sia persona maggiore o minore di età, e sarebbe quindi arbitrario l'introdurre una tale distinzione in pregiudizio della parte civile: perchè sarebbe contradditorio il ritenere necessaria la chiamata in causa del tutore per l'azione civile, mentre non è necessaria per l'azione pubblica, che è la principale e la più importante (2).

Parendoci preponderanti le ragioni che appoggiano quest'ultimo avviso, non insistiamo sopra una questione, la quale si attiene più ad altra materia, che a quella di cui trattiamo.

158. Dal principio che il minore debba essere rappresentato dal tutore in tutti gli atti della vita civile, segue naturalmente che quegli atti i quali fossero stati fatti in nome del minore da tutt'altra persona fuorchè dal tutore, potrebbero bensì sostenersi sotto l'aspetto di gestione di

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 109, nota 1 e 2, n. 8 e 9; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 602.

(2) V. Rauter, *Tr. théorique et pratique du droit criminel*, t. II, n. 723; Demolombe, t. VII, n. 802-804.

negozio, ma quali atti di tutela dovrebbero riguardarsi come assolutamente inesistenti in diritto; sicchè chiunque vi avesse interesse, e in qualunque tempo, potrebbe opporne l'inefficacia giuridica.

Potrebbe dirsi altrettanto degli atti che il minore stesso avesse fatti nel proprio interesse, senza l'intervento del suo legittimo rappresentante? Per quanto può riguardare gli *atti giudiziali*, abbiamo già risposto superiormente a tale quesito, ritenendo che gli atti intentati dal minore o contro di lui direttamente e personalmente, siano affatto inefficaci, siccome promossi da persona o contro persona mancante per legge della qualità necessaria (1); sicchè non solo il minore, ma eziandio chi abbia interesse contrario a lui possa invocare tale nullità. Ciò però ha dato luogo ad un'altra questione: se una citazione in giudizio, fatta ad istanza del solo minore, possa valere come atto interruttivo della prescrizione. Ma a risolvere questo dubbio, è indispensabile, innanzi tutto, combinare il principio dell'assoluta nullità d'un atto giudiziale promosso dal solo minore soggetto a tutela, coll'altro che il minore ha bastante capacità per fare da sè nel proprio interesse gli atti conservatorii (2). Ora è precisamente ed unicamente come atto conservatorio che si considera la citazione, quando è invocata come interruttiva della prescrizione. In questo aspetto dunque non manca al minore la qualità legittima per fare quell'atto; epperò la causa di assoluta nullità, che può addursi contro l'atto medesimo come introduttivo di lite, non sussiste, nè la nullità è allegabile, quando della citazione predetta voglia il minore giovarsi soltanto come di mezzo interruttivo della prescrizione. Con tale concetto concorda inoltre il testo espresso della legge: che nell'articolo 2128 enumerando i casi, nei quali non ostante la notificazione d'una citazione, si ha *come non interrotta la*

(1) V. sopra, n. 153, pag. 716.
(2) V. sopra, n. 156, pag. 719.

prescrizione, accenna quelli soli d'*incompetenza dell'uffiziale* che ha eseguita la notificazione stessa e di *nullità per difetto di forma* (1).

Quanto poi agli atti estragiudiziali, agli atti di obbligazione, se essi siano stati fatti dal minore senza l'intervento del tutore, non saranno perciò da considerarsi come affatto inesistenti in diritto, ma semplicemente come *annullabili*, e per una nullità puramente *relativa al minore*, a norma dell'articolo 1107 del cod. civile. L'articolo 1303 annovera infatti anche il caso in cui “ il minore non emancipato “ abbia fatto da sè un atto, senza l'intervento del suo legit- “ timo rappresentante „ tra quelli nei quali contro gli atti di obbligazione dei minori si può esercitare l'*azione di nullità*. Nè in vero può dirsi che al minore manchi la qualità legale per poter fare egli stesso quegli atti estragiudiziali che siano di suo interesse. Solo, per uno scopo protezionale a vantaggio del minore medesimo, assoggettandolo a tutela, si è voluto ch'egli sia rappresentato in tutti gli atti civili dal suo tutore. Ma se questa legge protezionale non sia stata osservata, vi è ben ragione di concedere al minore un'azione di nullità relativa, non però di considerar l'atto come *inesistente in diritto*.

Se, in fine, un atto estragiudiziale fosse stato fatto nell'interesse del minorenne prestandovi esso medesimo il consenso insieme al tutore, dimostrammo già in altro luogo come quel consenso sovrabbondante del minore stesso non potrebbe addursi quale causa di nullità dell'atto (2). Lo dimostrammo appoggiandoci anche al testo già sopra citato dell'articolo 1303, n. 1, che limita la nullità degli atti dei minori non emancipati, al caso in cui li abbiano compiuti *senza l'intervento dei loro legittimi rappresentanti*. E possiamo riaffermarlo vieppiù richiamando il motivo fondamentale della massima, che il minore debba essere rappresentato

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 809.
(2) V. sopra, n. 6, pag. 16, 17.

negli atti civili dal tutore; poichè, se questo motivo consiste nell'evitare gli ostacoli che alla gestione tutoria potrebbe opporre la resistenza passiva del tutelato, e nell'evitare un conflitto tra la volontà del tutore e quella del minorenne (1), tali ragioni cessano completamente trattandosi di atti ai quali abbiano consentito ad un tempo e il minore e il tutore.

§ II. — *Degli obblighi e dei poteri del tutore quanto alla persona del minore.*

Sommario. — 159. Idee generali intorno al governo della persona soggetta a tutela per minorità. — 160. Uffici del tutore in ordine alla educazione del minore. — 161. Potere di custodia spettante al tutore verso il minore. — 162. Facoltà date al tutore per la correzione del minore. — 163. Poteri attribuiti al consiglio di famiglia relativamente al governo della persona tutelata. — 164. Mezzi conceduti al minore contro il tutore in caso di abuso.

159. Era lamentata dai commentatori del codice francese la scarsezza delle disposizioni che in esso regolavano le attribuzioni del tutore relativamente alla persona stessa del minore.

Il codice Italiano ha meritata meno una tale censura, poichè qualcuna delle questioni, a cui lasciava luogo il codice Napoleone, fu nel nostro espressamente risolta. Tuttavia i soli primi quattro articoli della sezione sesta del Capo concernente la tutela, recano su questo argomento alcune norme generali; mentre tutti gli altri riguardano l'amministrazione dei beni del tutelato.

“ Il tutore ha la cura della persona del minore „ (art. 277 cod. civile);

“ Il minore deve rispetto ed obbedienza al suo tutore „ (art. 280, § 1, cod. civile).

Ecco i due principii fondamentali, che il nostro diritto

(1) V. sopra, n. 153, pag. 715.

positivo ha stabiliti, e il primo dei quali riguarda gli obblighi, l'altro i poteri del tutore.

La *cura della persona del minore* comprende evidentemente ogni provvedimento che occorra per sovvenire ai bisogni di lui, sì in quanto concerne la vita materiale, che l'educazione e l'istruzione; ed inoltre per porlo in grado di acquistarsi una posizione sociale conveniente alla condizione ed alla fortuna sua. Fu detto a ragione che nello adempimento di cotesti doveri debba il tutore impiegare tutte le cure di un padre, essendo appunto nello spirito della legge di supplire coll'opera del tutore alla mancanza dei genitori del minorenne. Senonchè pel genitore queste del mantenimento, della educazione ed istruzione dei figli sono obbligazioni che traggono seco anche oneri pecuniarii; mentre l'ufficio gratuito, che la legge impone al tutore, lo obbliga bensì a prestare le cure sue personali per dare gli accennati provvedimenti, ma darli a spese del patrimonio del minorenne, senza che il tutore, che non fosse per ragione di parentela obbligato legalmente agli alimenti verso la persona affidata alla tutela sua, possa mai dirsi tenuto a sostenere del proprio le spese occorrenti pel mantenimento, per l'educazione e l'istruzione, nè ad educare ed istruire egli stesso il proprio tutelato.

Chè se questi non avesse patrimonio con cui poter provvedere a tali spese, il tutore dovrebbe soltanto far le pratiche opportune per ottenergli l'ammissione in un ospizio di carità.

Sotto forma di enunciazione dei doveri incombenti al minore verso il tutore, la riferita disposizione dell'art. 280, § 1, stabilisce il principio fondamentale dei poteri spettanti al tutore medesimo, per quanto riguarda la persona del minore. All'obbligazione di educarlo corrisponde necessariamente il diritto di esigere dal tutelato che si sottometta alle disposizioni che il tutore dia per tale scopo; e del diritto di educazione sono mezzi indispensabili quelli di custodia e di correzione. Ricorrono intorno a tutto ciò

quelle medesime osservazioni, che già facemmo per la patria potestà (1). Per altro sarebbe un grave errore il ritenere parificabile totalmente in questa parte l'ufficio del tutore a quello del genitore che eserciti la patria potestà. Quest'ultimo è, in generale, indipendente nell'esercizio dei poteri suoi sulla persona del figlio, eccettuati alcuni atti che non può compiere di autorità propria, e pei quali gli è necessario ricorrere al presidente del tribunale; ma in nessun caso ha bisogno d'essere autorizzato da un consiglio di famiglia, perchè questo, come istituzione permanente, è escluso dalla *patria potestà* (2). All'opposto non vi è alcuno degli accennati tre poteri, di educazione, di custodia e di correzione, pel cui esercizio il tutore non sia talvolta soggetto all'autorità del consiglio di famiglia, e non debba dipendere dalle disposizioni che questo reputi opportuno di emanare, come vedremo nei numeri seguenti. Così trovansi contemperati, nella legislazione nostra, per quanto concerne il governo della persona soggetta a tutela per minore età, gli uffici e i poteri del tutore con quelli del consiglio di famiglia.

Un'altra osservazione ci resta a fare, prima di scostarci da queste nozioni generali. Nella legislazione francese, e in quelle che l'avevano imitata, era causa di qualche difficoltà la collisione che poteva talora verificarsi tra l'autorità dei genitori e quella del tutore relativamente alla persona del minorenne; giacchè patria potestà e tutela potevano, secondo quelle leggi, coesistere. Nel codice nostro essendo stabilita una massima contraria a questa, l'accennato conflitto di poteri non è più possibile. Finchè infatti uno dei genitori viva, e non sia dichiarato assente, nè abbia subìta per effetto di condanna penale la perdita della patria potestà, non si apre la tutela (art 241 cod. civ.). Se dunque vi è un tutore, i poteri di lui non si troveranno mai in

(1) V. vol. VII, n. 164, pag. 353.
(2) V. vol. VII, n. 181, pag. 397-399.

conflitto coll'autorità del genitore esercente la patria potestà; perchè, quando pure uno dei genitori sia superstite, dovrà almeno od essere assente, o privato della patria potestà stessa. Vi è veramente il caso di *abuso*, previsto dall'articolo 233 del codice civile, in cui senza che la patria potestà rimanga propriamente estinta, ne vengono però limitati gli attributi, i quali si trasmettono ad un tutore nominato alla persona del figlio. Ma in questo caso stesso nessuna collisione può esser temibile tra i poteri del tutore e quelli del genitore colpevole di abuso; dappoichè quest'ultimo perde affatto i diritti d'educazione, di custodia e di correzione del figlio, diritti che passano, invece di lui, al tutore nominato (1).

160. Che il tutore sia di diritto investito dei poteri opportuni per dirigere l'educazione del minore affidato alle sue cure, sembra indubitabile. Non è detto nell'art. 277 che *il tutore ha la cura della persona del minore*, e non dev'essere oggetto principale di una tal cura l'educare il minore stesso a quel genere di vita che più gli convenga? Non è aggiunto nell'art. 280 che *il minore deve obbedienza al suo tutore*, e non è appunto per ciò che riguardi specialmente l'educazione fisica e morale del tutelato, che il tutore deve avere diritto di comandargli? Poichè, in fine, nessun altro titolo gli si può riconoscere per esercitare atti di autorità sulla persona del minore, se non quello che deriva dalla missione impostagli di proteggere il minore medesimo, d'informarlo ai buoni costumi, di regolarne le abitudini, di porlo in istato di procurarsi uno stabilimento, una posizione conforme al suo grado sociale ed alle sue sostanze.

Vero è che l'art. 278 attribuisce al consiglio di famiglia il potere *di deliberare sulla educazione che convenga dare al tutelato*. Ma spettando poi sempre al tutore di dare esecu-

(1) V. vol. VII, n. 310, pag. 876.

zione al deliberato del consiglio, non cessa dunque sotto questo aspetto di essere affidata al tutore stesso l'educazione del minore, salvo che debba seguire in ciò le norme che il consiglio di famiglia abbia stabilite. Oltre di che, come vedremo commentando il preaccennato art. 278, il deliberare sulla educazione del minore è una semplice facoltà data dalla legge al consiglio di famiglia, il quale può anche non esercitarla; e in tal caso non può essere dubbio che l'ufficio di provvedere all'educazione del tutelato appartenga intieramente e liberamente al tutore.

Nel codice Francese non vi era disposizione simile a quella, che ora abbiam ricordata, del nostro art. 278. Solo nell'art. 454 di quel codice era detto, come fu poi ripetuto nel 291 del codice italiano, che al cominciare dell'esercizio della tutela il consiglio di famiglia avesse a stabilire per approssimazione *la spesa annua pel minore*. Ciò stesso però sembrava dare occasione ad un conflitto possibile tra i poteri del tutore e quelli del consiglio di famiglia; avvegnachè quest'ultimo non potesse stabilire l'ammontare della spesa per l'educazione del minore, senza apprezzare nel medesimo tempo l'oggetto e lo scopo di tale spesa per determinarne l'entità. Ne nacque un grave dissenso di opinioni. Vi era chi attribuiva esclusivamente al tutore il diritto di dirigere l'educazione del minore, negando ogni ingerenza del consiglio di famiglia intorno a ciò (1). Il maggior numero degli autori e la giurisprudenza, ammettendo in massima che spettasse al tutore il governo e la direzione della persona del tutelato, reputavano però che egli non potesse esserne arbitro assoluto ed esclusivo, ma il consiglio di famiglia avesse facoltà di prescrivergli certe norme obbligatorie da seguire (2). Altri invece insegnò che i poteri del tutore e del consiglio di famiglia, in ordine all'educazione del minore, fossero perfettamente distinti,

(1) V. Magnin, *Tr. des minorités*, t. I, n. 607.

(2) V. Duranton, t. III, n. 528, 529; Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 461; Demolombe, t. VII, n. 535, 537; Aubry et Rau, t. I, § 3, nota 4.

rimanendo esclusivamente al tutore il governo della persona tutelata, ed al consiglio essendo riserbato soltanto di risolvere la questione pecuniaria, determinando il quantitativo della spesa; per quanto poi questi due distinti poteri avessero nel loro esercizio a trovarsi in conflitto, dovesse intervenire a risolverlo la decisione dell'autorità giudiziaria (1).

Il codice Italiano adottò evidentemente la seconda delle accennate opinioni, ritenendo compreso nella *cura della persona del minore*, attribuita al tutore, anche il potere di dirigerne l'educazione; ma nel medesimo tempo concedendo al consiglio di famiglia la facoltà di deliberare, se lo stimi opportuno, *sull'educazione che convenga dare al minore stesso.* Di guisa che il consiglio di famiglia può a suo prudente criterio emanare una tale deliberazione, od ommetterla; e se non si pronunci, rimane in tutto libero il potere del tutore nel governo della persona tutelata; se deliberi, divengono obbligatorie le norme da esso dettate, così però che al tutore rimanga sempre l'ufficio di governare in conformità di tali norme l'educazione del minore, nè a codesto ufficio possa mai derogare colle proprie deliberazioni il consiglio medesimo.

Contemperati così saggiamente, in ordine a questo punto importantissimo, i poteri del tutore e del consiglio di famiglia, rimane tuttavia una questione assai grave: se, cioè, sia in facoltà di codesti funzionari, nei limiti delle attribuzioni rispettive, di dirigere come stimino conveniente, secondo le opinioni e il sentimento loro, l'educazione religiosa del minore, allevandolo anche in una religione diversa da quella che era professata dal genitore alla cui potestà trovavasi precedentemente soggetto. Un autore, che propose tale questione, la risolse nel senso che il consiglio di famiglia non possa assumere intorno a ciò veruna ingerenza, e che invece il tutore abbia il diritto di dare

(1) V. Laurent, t. V, n[i] 1, 2, pag. 5-10.

quell'indirizzo che reputi più opportuno alla educazione religiosa del minore, allevandolo anche in una religione diversa da quella in cui sia nato, e senza essere vincolato nemmeno dalla volontà contraria, che fosse stata chiaramente manifestata dal genitore che esercitò ultimo la patria potestà (1). La prima parte di questa tesi potrà essere propugnata in una legislazione che, come la francese, riconosca espressamente nel consiglio di famiglia il semplice diritto d'intervenire *per regolare la spesa* dell'educazione del minore; ma non sarebbe sostenibile sotto il codice nostro, che oltre al diritto predetto, riconosciuto nell'art. 291, attribuisce al consiglio di famiglia, nell'art. 278, la facoltà di *deliberare sull'educazione che convenga dare al minore*, senza distinguere tra educazione civile e religiosa. Resta però disputabile l'altra parte della questione, risguardante l'essere, o no, estensibili i poteri rispettivamente appartenenti al tutore ed al consiglio di famiglia fino ad allevare il minore in una religione diversa da quella in cui sia nato, e in onta anche della volontà che fosse stata manifestata dal genitore. Su quest'ultimo punto ci par giusto il decidere che il volere del genitore defunto non possa vincolare la sorte del figlio quanto alla religione in cui debba essere allevato. La legge ha permesso al padre di stabilire, per testamento o per atto autentico, *condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli* (articolo 235 cod. civile); e in questo caso tali condizioni potrebbero riguardare l'educazione religiosa, come l'educazione civile. Ma nessun potere simile fu attribuito all'ultimo rimasto superstite dei genitori, rispetto a chi debba assumere la tutela del figlio; il quale ufficio essendo d'altronde d'ordine pubblico, non può andar soggetto negli attributi suoi a veruna derogazione per disposizione privata di chicchessia (2). Ritenuto però, che anche il dirigere l'educa-

(1) V. Laurent, t. V, n. 4.
(2) V. sopra, n. 11, pag. 23.

zione religiosa del minore sia compreso negli uffici proprii del tutore, e che intorno ad essa pure il consiglio di famiglia possa prescrivere norme obbligatorie al tutore stesso, ci sembra tuttavia che i poteri sì dell'uno che dell'altro non abbiano a considerarsi come assoluti, tanto da potersi imporre al minore, che sia già capace d'una volontà intelligente, e da poterne forzare le convinzioni e la coscienza. Se il legislatore, nel già citato art. 278, ha “ riconosciuto “ razionale l'obbligo di sentire il minore, che sia almeno “ decenne, allorchè dal consiglio di famiglia si delibera “ sopra la di lui educazione „ (1), questa norma dovrà senza dubbio osservarsi per maggior ragione quando si tratti di regolarne l'educazione religiosa; e se la volontà del tutelato si manifestasse decisamente avversa ad un culto particolare, in cui si proponesse di allevarlo, parrebbe troppo contrario ai principii di libertà, che la nostra legislazione consacra come fondamentali, il ritenere che fosse in facoltà del tutore o del consiglio di famiglia di sottometterlo forzatamente a quella educazione religiosa.

161. Conseguente all'obbligazione e al diritto, che dimostrammo appartenere al tutore, di provvedere alla educazione del minore è il *potere di custodia* spettante al tutore medesimo; e le ragioni, che accennammo nel precedente numero, valgono quindi a giustificare insieme cotesto potere, che infatti è un mezzo indispensabile affinchè il tutore, tenendo costantemente sotto la propria vigilanza e direzione il minorenne, possa compiere il dover suo di educarlo. Il tutore può dunque, come reputi opportuno, o tenere presso di sè il tutelato, per occuparsi personalmente, se lo possa e voglia, dell'educazione di lui; ovvero collocarlo in una casa od in un istituto, dove abbia a fare studi o ad apprendere un'arte, o ad abilitarsi all'esercizio del commercio, o ad attendere ad altra occupazione.

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 83.

Anche in ciò per altro il nostro legislatore reputò opportuno di sottomettere il tutore all'autorità superiore del consiglio di famiglia; al quale l'art. 278 concede infatti la facoltà di deliberare non solo *sulla educazione che convenga dare al minore*, ma eziandio *sul luogo in cui questi debba essere allevato*. Così fu risoluta una questione, che era stata sollevata in diritto francese: se il consiglio di famiglia avesse facoltà di togliere al tutore il pupillo ed affidarlo ad una terza persona. L'opinione affermativa, sostenuta da cospicue autorità, e fondata sull'interesse del minore, era da altri combattuta allegando che il togliere al tutore l'educazione del minore fosse quanto abolire la disposizione di legge, che affida al primo la cura della persona tutelata; e che nulla possa giustificare che si deroghi ad una legge d'ordine pubblico sotto pretesto dell'interesse del minore (1). La nostra legge collo stabilire che *il consiglio di famiglia possa deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato*, ha ammesso evidentemente che il tutelato possa esser tolto alla custodia che il tutore preferisse di conservare personalmente; e in ciò si è mostrata, secondo che pare a noi, coerente e saggia. Conceduta al consiglio di famiglia la facoltà di deliberare sull'educazione da darsi al minore, era logico lasciargli eziandio la determinazione del luogo in cui potesse più efficacemente riceverla. D'altra parte, come il tutore può in buona fede ingannarsi circa l'educazione più conveniente pel tutelato, così può essere non atto bastantemente a dargli od a secondare codesta educazione; e nulla poteva essere più razionale e più rassicurante per l'interesse del tutelato medesimo, che riferirsi in cosa di tanto grave importanza al giudizio dell'assemblea famigliare. Nè poi è esatto il concetto che tale sistema sia in contraddizione col principio fondamentale, in virtù di cui appartiene al tutore la cura della persona tutelata. Anche nel luogo determinato dal consiglio di famiglia, l'educa-

(1) V. Laurent, t. V, n. 2, pag. 8.

zione del minore rimarrà soggetta alla vigilanza e direzione del tutore, e con ciò il ricordato principio sarà abbastanza rispettato. Contraddizione vera vi sarebbe solamente quando il consiglio avesse preteso di deliberare che la cura della persona del minore dovesse rimanere affidata ad altra persona, esclusa ogni ingerenza del tutore; e appunto per ciò una tale deliberazione dovrebbe certamente considerarsi come assolutamente inefficace.

Dal diritto di custodia spettante al tutore deriva necessariamente l'obbligazione del minore di non abbandonare senza permesso la casa del tutore stesso, o quella che da lui o dal consiglio di famiglia gli sia stata destinata. Della quale obbligazione sebbene non sia qui stato fatto cenno particolare, come fu fatto nell'art. 221 rispetto al minore soggetto a patria potestà, non è però men certo che la stessa massima debba osservarsi anche pel minore soggetto a tutela, sia per l'accennata logica necessità delle cose, sia anche in virtù del principio generale proclamato nell'articolo 280, che *il minore deve obbedienza al suo tutore*.

È certo ancora per le stesse ragioni, e per argomento di analogia da quanto dispone il citato art. 221, che qualora il minore contravvenisse all'accennata sua obbligazione, potrebbe essere richiamato nella casa del tutore, o in quella da lui o dal consiglio di famiglia destinatagli, con mezzi coercitivi; ed anche, occorrendo, coll'uso della forza pubblica. E intorno alla competenza dell'autorità, da cui possano essere ordinati i provvedimenti necessari a tal uopo, ed alle condizioni che debbano concorrere affinchè tali provvedimenti possano essere emanati, non abbiamo che a riferirci alle massime già esposte commentando il ricordato art. 221; parendoci che siano applicabili per manifesta analogia (1).

Crediamo parimente applicabili per analogia anche in questa materia le due eccezioni ammesse dallo stesso arti-

(1) V. vol. VII, n[i] 168, 169, pag. 361 e segg.

colo 221, pel caso di volontario arruolamento del minore nell'esercito nazionale, e per quello di giuste cause le quali rendessero necessario l'allontanamento del minore dalla casa del tutore o da quella che il tutore medesimo od il consiglio di famiglia gli avesse destinato. Osserviamo però, in ordine a quest'ultimo caso, che riconoscendo giuste le cause addotte da parte del minore, il presidente del tribunale negherebbe bensì i mezzi che fossero stati invocati dal tutore per richiamare nella casa propria, od in quella che gli avesse destinata, il minore, e secondo le circostanze, e in casi di urgenza potrebbe anche ordinare i provvedimenti temporanei che reputasse convenienti per far cessare ogni danno ed ogni pericolo del minore; ma i provvedimenti definitivi, che fossero consigliati dalla particolarità dei casi, non potrebbero esser dati da questo magistrato. Non siamo qui in materia di patria potestà, ma di tutela. E se le cause che rendono necessario l'allontanamento del minore dalla casa del tutore, o da quella che gli abbia destinata, procedano da fatto del tutore stesso, essendo egli colpevole di abuso nell'esercizio della tutela, dovrà essere rimosso; se quelle cause procedano da altri, sarà caso di dover stabilire, a norma dell'art. 278, un diverso luogo nel quale il minore debba essere allevato. In ogni ipotesi sarà sempre al consiglio di famiglia che si dovrà rivolgersi coi mezzi e nelle forme ordinarie, affinchè siano dati i provvedimenti definitivi che occorrano.

162. Un'altra conseguenza indeclinabile dell'obbligo e diritto di educazione, che ha il tutore verso il minore, è il *potere di correzione* spettante al tutore medesimo. Intorno a che non abbiamo nel codice nostro altra disposizione fuorchè la seguente dell'art. 279:

" Il tutore che ha gravi motivi di doglianza per la " cattiva condotta del minore, ne riferirà al consiglio di " famiglia, il quale potrà autorizzarlo a provocare dal pre- " sidente il provvedimento indicato nell'art. 222 ".

Evidentemente però questa disposizione non contempla che i più gravi traviamenti del tutelato: quelli, come si esprime lo stesso art. 222, ivi richiamato, che non si riesca a frenare coi mezzi ordinari, e pei quali si renda perciò necessario ricorrere ad un mezzo eccezionale ed estremo, quale è appunto il far porre il minore in una casa di correzione.

Ma quali saranno dunque i mezzi ordinari di correzione, applicabili per le mancanze meno gravi del tutelato? E l'applicarli sarà nelle facoltà del tutore? E si potrà a tale proposito argomentare per analogia da ciò che dispone la legge rispetto a chi eserciti la patria potestà? È stato insegnato da qualche autore che dal diritto di correzione dato al padre, a quello che possa competere al tutore, *non sia ammissibile alcuna induzione;* e che le discipline dirette a frenare l'insubordinazione e i traviamenti del minore soggetto a tutela, costituiscano *un potere devoluto al consiglio di famiglia* (1). Che tra il diritto di correzione spettante al genitore, e quello attribuibile al tutore non sia ammissibile una parificazione completa, ne conveniamo facilmente. Troppo è diversa l'indole dei rapporti che passano tra genitore e figlio, e tra tutore e tutelato; troppo differente perciò l'estensione dell'autorità spettante al genitore ed al tutore sul minorenne.

Ma da ciò all'escludere qualunque induzione possibile dalle massime, che la legge ha stabilite circa il diritto di correzione spettante a chi esercita la patria potestà, per desumerne certe norme direttive intorno ai mezzi di correzione dei quali possa usar pure il tutore, la distanza ci par troppo grande. L'esistenza d'un'analogia, che a tale argomentazione possa dar luogo, ci sembra indubitabile, se si rifletta che l'ufficio del tutore è destinato appunto a supplire alla mancanza di chi provveda al minore mediante l'esercizio della patria potestà. Ed è su tale analogia che si fonda manifestamente la legge stessa, quando colla dispo-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 279, vol. I, § 605, pag. 964.

sizione dell'art. 279 ammette che anche il tutore possa ricorrere in casi estremi al più grave mezzo di correzione che sia consentito verso il minore al padre di famiglia; salvo che, tenuto il debito conto del minor grado d'autorità attribuibile al tutore sulla persona del tutelato, non gli si fa lecito d'invocare questo eccezionale provvedimento dal presidente del tribunale, se non dopo averne ottenuta la autorizzazione dal consiglio di famiglia. Pensiamo pertanto, che a non voler cadere in esagerazioni nè dall'una nè dall'altra parte, abbiasi a prender norma dalle disposizioni della legge relative alla patria potestà, per determinare di quali mezzi di correzione possa in via ordinaria valersi il tutore verso il minorenne; avendo però in considerazione quelle differenze, che necessariamente abbiano a derivare dalla diversità dei rapporti intercedenti tra padre e figlio di famiglia, tra tutore e tutelato.

Quanto all'altra idea, che i provvedimenti diretti a correggere il minore, ad infliggergli le punizioni che abbia meritate, a frenarne le male tendenze, spettino al consiglio di famiglia, essa non ci sembra conforme nè alla lettera nè allo spirito della legge.

Nel testo nessuna disposizione che accenni ad un'attribuzione somigliante; l'art. 278 ammette bensì che il consiglio di famiglia possa occuparsi dell'educazione del minore, ma solo per determinarne il modo, con un deliberamento la cui esecuzione è poi affidata al tutore; l'art. 279 chiama anche in casi eccezionali e gravi il consiglio ad occuparsi direttamente di ciò che riguarda la correzione del minore, ma solo *per autorizzare il tutore*, a cui spetta poi di provocare dal presidente del tribunale i provvedimenti opportuni. E tutto ciò è veramente consentaneo al sistema adottato dalla legge nell'ordinamento tutelare, in cui la cura della persona del minore è direttamente affidata al tutore, ed al consiglio di famiglia è riserbata soltanto la vigilanza, l'alta direzione, ed un potere deliberativo destinato a manifestarsi nelle più gravi ed importanti emergenze.

Ritenuto adunque che il potere di correzione verso il minore soggetto a tutela spetti direttamente al tutore, anzichè al consiglio di famiglia, e che per determinar i limiti di quel potere sia lecito ricorrere per analogia alle disposizioni della legge circa la patria potestà, salvo tenere nel debito conto le differenze naturalmente esistenti tra questi due istituti, non sarà forse malagevole troppo l'applicazione di tali principii.

E innanzi tutto, non par dubbio che al tutore sia lecito di infliggere al minore quelle lievi punizioni domestiche, le quali nei casi ordinari possono essere sufficienti ad emendarlo. La legge non ha tracciato limiti precisi all'esercizio di questo potere; nè sarebbe stato opportuno tentarlo, pei motivi che già segnalammo parlando della patria potestà (1). È certo però che il tutore non potrebbe mai, nell'esercizio di questo poter suo, oltrepassare quei confini di moderazione che sarebbero osservati da ogni buon padre di famiglia. L'apprezzamento intorno a ciò spetterebbe al consiglio, al quale il minore stesso potrebbe portare le sue doglianze, come è detto nell'art. 280, § 2, e che potrebbe anche nei casi più gravi esser chiamato a pronunciare la remozione del tutore, a norma degli art. 269, n. 3, e 271 cod. civile.

Vi sono però mezzi speciali di correzione, tassativamente determinati nell'art. 222 cod. civ., e conceduti al genitore che eserciti la patria potestà civile; dei quali mezzi, alcuni possono essere attuati dal genitore predetto di propria autorità, mentre per qualche altro è necessario ricorrere al presidente del tribunale (2).

Quest'ultimo mezzo è contemplato espressamente, quanto alla tutela, nell'art. 279, che già abbiam sopra riferito, e su cui ci riserbiamo di fare in fine qualche osservazione; degli altri è taciuto. Dovrem dedurne che il tutore non possa di propria autorità *allontanare il minore dalla casa*

(1) V. vol. VII, n. 173, pag. 376.
(2) V. vol. VII, n. 174, pag. 380.

propria, in cui lo avesse da prima accolto, *limitandone anche il trattamento* in confronto di ciò che converrebbe alla condizione e fortuna di lui? Dovrem dedurne che neppure possa *collocare il minore in quella casa o in quell'istituto di educazione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo?* Partendo dai principii che abbiamo esposti, ci sembra che codeste deduzioni sarebbero evidentemente eccessive. Il tutore ha facoltà, non obbligo, di tenere presso di sè il minore soggetto alla propria tutela, per occuparsi personalmente della educazione di lui. Indipendentemente da qualunque trascorso, di cui potesse essersi reso colpevole il minore, e pel solo scopo di provvedere convenientemente all'educazione ed istruzione di lui, il tutore può collocarlo in una casa, in un istituto, in un collegio, che reputi più opportuno a tal uopo. Il consiglio di famiglia ha facoltà di *deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato;* ma non potrebbe imporre al tutore di tenerlo presso di sè. E qualora nessuna deliberazione sia stata presa in quel proposito dal consiglio, è pur compreso nelle facoltà ordinarie del tutore di destinare una casa od un istituto dove il tutelato debba ricevere l'educazione che gli convenga. Come dunque potrebbe mai essere conteso al tutore di disporre a scopo di correzione del minore quello stesso, che indipendentemente da ciò gli sarebbe stato lecito pei suoi poteri ordinari?

Ma l'articolo 222 concede al padre di famiglia un mezzo anche più grave per frenare i traviamenti del figlio. Allontanandolo dalla famiglia, può *assegnargli secondo i proprii mezzi gli alimenti strettamente necessari*. Sarà ciò applicabile per analogia e congruamente anche al tutore? Par chiaro che qui non sussistano gli estremi d'una vera analogia. Nell'articolo 222 si tratta del padre di famiglia, obbligato per legge a somministrare in proporzione delle proprie sostanze gli alimenti al figlio; e la legge stessa gli consente di poter limitare l'adempimento di questa obbligazione a quanto sia strettamente necessario, qualora lo faccia a

scopo di una giusta correzione del minore. Ora invece trattiamo d'un tutore, che può non avere qualità che lo obblighi ad alcuna prestazione alimentaria verso il tutelato; e quando per ragioni di parentela vi fosse tenuto, non potrebbe far servire la correzione del tutelato ad una liberazione parziale dell'obbligazione propria, non vi essendo autorizzato da un'espressa disposizione di legge. È dunque un caso questo in cui non è possibile trarre argomento dalle norme che regolano i poteri di correzione attribuiti a chi esercita la patria potestà. Ma, d'altra parte, non pare nemmeno da escludere che il tutore possa adoperare come mezzo di correzione pel minore una ragionevole limitazione del trattamento che gli si faccia sulle rendite del suo patrimonio. Solo quando l'operato del tutore apparisse eccessivo, specialmente in confronto di ciò che il consiglio di famiglia, secondo l'art. 291, avesse stabilito per l'annua spesa di mantenimento del minore, questi potrebbe, a norma dell'art. 280, § 2, ricorrere al consiglio di famiglia, al quale spetterebbe di dare i provvedimenti opportuni; e potrebbe anche, secondo la gravità dei casi, essere rimosso per abuso di autorità il tutore.

Il massimo dei mezzi di punizione, che la legge permette contro il minore soggetto a patria potestà, e che consiste nel chiuderlo in una casa di correzione, è pure ammesso contro il minore che sia sotto tutela. È necessario però che si tratti di *gravi motivi di doglianza per la cattiva condotta del minore*, così si esprime l'articolo 279, e che mezzi più miti di correzione siano stati precedentemente tentati, e il fatto li abbia dimostrati insufficienti. Quest'ultimo requisito, di cui veramente tace il citato articolo, risulta però dalla combinazione di esso coll'altro 222, al quale espressamente si riferisce; essendo detto in questo, che si può far collocare il figlio in una casa di correzione *quando non si riesca a frenarne i traviamenti*. Ed è invero prudente il tentare altri espedienti, prima di ricorrere a questo, che di fronte alla speranza di un emendamento

può presentare pel minore tanti pericoli d'una maggiore depravazione.

È necessario inoltre, che, innanzi di provocare dal presidente del tribunale il decreto indispensabile, il tutore chieda ed ottenga dal consiglio di famiglia l'autorizzazione a domandare un tale provvedimento, riferendone al consiglio stesso i motivi (d.° art. 279 cod. civ.). Così, nè il consiglio di famiglia potrebbe d'ufficio deliberare obbligando il tutore a chiedere il collocamento del minore in una casa di correzione, nè il tutore potrebbe fare una tale istanza senza esservi autorizzato dal consiglio. L'accordo del tutore e della maggioranza del consiglio nella stessa determinazione offre già una seria guarentigia; la quale, congiunta a quella che deriva dal decreto emanato in piena cognizione di causa dal presidente del tribunale, rassicura abbastanza completamente sulla necessità di un così grave provvedimento.

163. Più volte nei numeri precedenti avemmo incidentalmente a far cenno di alcune attribuzioni, date dalla legge al consiglio di famiglia in ordine alla cura della persona soggetta a tutela per minore età, e segnatamente di quelle che sono stabilite nel nostro codice all'art. 278, così espresso:

“ Il consiglio di famiglia, qualora la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno, potrà deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato e sull'educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore, quando abbia compiuta l'età di anni dieci „. Di questa disposizione dovendo ora occuparci più particolarmente, potremo però limitarci, dopo le cose già esposte, a poche e brevi osservazioni.

Indipendentemente da qualunque istanza del minore, il quale o per l'età sua non possa, o non voglia ricorrere contro le determinazioni prese dal tutore in ordine alla educazione di lui, il legislatore ha stimato conveniente di

non fare arbitro assoluto ed esclusivo il tutore in questioni di tanto interesse, quali appunto son quelle concernenti la educazione del minore medesimo.

Epperò, risolvendo con espressa e savia disposizione un dubbio, a cui, come già altrove notammo, lasciava luogo il codice Francese (1), ha stabilito per regola che il consiglio di famiglia possa, anche senza che istanza alcuna sia promossa davanti a lui per quest'oggetto, *deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato, e sull'educazione che convenga dargli.*

Quantunque ciò sembri scritto più specialmente *pel tempo in cui la tutela cominci*, è però conforme a ragione, ed alla generalità del testo, che la disposizione di esso abbia ad estendersi anche al caso, in cui nella tutela già in corso il tutore dia alla educazione del minore un indirizzo, che al consiglio di famiglia sembri meno conveniente.

Non è obbligatorio, ma semplicemente facoltativo pel consiglio di famiglia l'occuparsi di determinare il luogo in cui il minore debba essere allevato e l'educazione che convenga dargli. Ciò è dimostrato dalle espressioni stesse della legge, che dice *potersi prendere una tale deliberazione;* ed è poi confermato dal confronto con altre disposizioni, nelle quali essendosi voluto veramente imporre obblighi al consiglio di famiglia, anzichè concedergli semplici facoltà, si sono adoperati termini ben diversi, adottando una forma assolutamente imperativa; come se ne hanno esempi negli articoli 291, § 1, 292, § 2, e 299, § 1. Se dunque il consiglio, usando della facoltà che la legge lascia affidata liberamente al suo prudente criterio, non abbia stimato opportuno di prendere alcuna deliberazione intorno al luogo in cui il minore debba essere allevato ed alla educazione che convenga dargli, il provvedere a tutto ciò rimane intieramente abbandonato al potere del tutore sotto la responsabilità di lui.

(1) V. sopra, n. 160, pag. 731 e seg.

Quando invece il consiglio intenda di prendere qualche determinazione in proposito, non può farlo se non *dopo aver sentito lo stesso minore, quando abbia compiuta l'età di anni dieci*. Le ragioni di ciò furono esposte in un brano della relazione Senatoria, a cui avemmo altra volta occasione di riferirci:

" Si è riconosciuto razionale l'obbligo di sentire il minore " stesso, allorchè dal consiglio di famiglia si delibera sopra " la di lui educazione; ma quest'obbligo è stato ristretto al " minore che sia almeno decenne, e perciò in grado di " manifestare una intenzione giudiziosa „ (1).

S'intende pertanto, che quando il tutelato avesse compita l'età di dieci anni, la deliberazione, che il consiglio di famiglia avesse presa a tenore del citato articolo 278, sarebbe nulla se prima di essa il tutelato medesimo non fosse stato posto con opportuno invito in condizione di manifestare liberamente al consiglio le proprie inclinazioni, i proprii desiderii. Ma nè la legge richiede che il minore assista alla discussione stessa del consiglio, salvo che abbia compiuti i sedici anni, nel qual caso diviene applicabile la regola generale dell'art. 251, § 3, nè poi prescrive alcuna norma circa il modo in cui debba essere sentito, nè in fine può ammettere certamente che il rifiuto del minore a comparire o ad esternare la propria volontà, basti per impedire la deliberazione del consiglio. Pertanto sarebbe sufficiente la prova che innanzi alla deliberazione del consiglio di famiglia, il minore si fosse in qualunque forma pronunciato intorno a ciò che di quella deliberazione doveva formare oggetto, od anche che invitato a farlo vi si fosse ricusato, o comparso si fosse ostinato a non rispondere, perchè la validità della deliberazione presa dal consiglio di famiglia non potesse essere posta in dubbio.

Dalla regola, che permette al consiglio di famiglia di stabilire in modo obbligatorio pel tutore in quale luogo

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 83.

debba il minore essere allevato, e quale educazione gli si abbia a dare, lo stesso articolo 278 eccettua il caso in cui si tratti di tutela legittima, esercitata dall'avo paterno o dall'avo materno; essendo sembrato che l'affetto naturale di queste persone verso il minore offra una garanzia sufficiente del migliore indirizzo nella educazione di quest'ultimo, sicchè non occorra di subordinare le determinazioni di tali tutori al giudizio del consiglio di famiglia. Solamente, quando l'educazione data al minore dall'avo paterno o materno fosse tale da accusare trascuratezza od abuso di autorità nell'esercizio della tutela, potrebbesi far luogo a remozione, conformemente a ciò che è disposto nel n. 3 dell'art. 269 cod. civile.

164. Obbedendo al bisogno di attribuire una conveniente autorità al tutore, si è voluto nel medesimo tempo prevenire gli abusi, che di tale autorità potessero farsi, e le colpevoli negligenze nell'adempimento di uffici tanto importanti. A tale scopo mira la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 280, così espressa:

" Se il tutore abusa della sua autorità, o trascura gli " obblighi del suo ufficio, il minore potrà portare le sue " doglianze al consiglio di famiglia „.

La quale disposizione è applicabile senza distinzione alcuna, secondo la generalità de' suoi termini, contro qualunque tutore, sia poi testamentario, legittimo o dativo.

Al ricorso può dar luogo, come si esprime il testo, ogni *abuso di autorità*, come ogni *trascuratezza*; il che val quanto dire qualunque infrazione, nella quale incorra il tutore, dei doveri proprii; consista poi essa in commissioni od in ommissioni, nel fare cose od atti che gli siano vietati dalla legge, o, ciò che è lo stesso, non stiano entro i limiti dei poteri da essa conferitigli, o nel non fare ciò che la legge medesima gl'impone come obbligo inerente al suo ufficio.

Il reclamo può essere presentato al consiglio, per mezzo del pretore che lo convoca e lo presiede, direttamente e

personalmente dal minore stesso; senz'altra condizione fuori che egli abbia l'uso della ragione, e senz'alcun vincolo di forma speciale.

S'intende poi, quantunque il testo non lo esprima, che il consiglio di famiglia, al quale è presentato il reclamo, qualora lo riconosca fondato, ha virtualmente dalla legge il potere di prescrivere al tutore norme limitative dell'esercizio dell'autorità sua, o imperative di ciò che pel trattamento, per l'educazione e l'istruzione del minore debba essere fatto; come potrebbe e dovrebbe eziandio, quando ne fosse caso a norma dell'art. 269, n. 3 cod. civ., procedere alla remozione del tutore contro cui il reclamo fosse diretto.

§ III. — *Degli obblighi e dei poteri del tutore in ordine all'amministrazione dei beni del minorenne.*

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 165. Concetti fondamentali, adottati nel Codice civile italiano in ordine all'amministrazione dei beni appartenenti al minore soggetto a tutela. — 166. Estensione dei poteri e degli obblighi del tutore in tale amministrazione. — 167. Principii generali intorno alla responsabilità del tutore per la gestione patrimoniale. — 168. Transizione e partizione della materia.

165. L'illustre Pisanelli nel suo progetto pel Codice ebbe cura speciale di proporre circa l'amministrazione tutoria tali provvedimenti, che mentre offrissero guarentigie abbastanza sicure per l'interesse dei tutelati, non inceppassero soverchiamente la gestione, e ad un tempo permettessero d'essere meno rigorosi nella cauzione da esigersi per parte del tutore. E poichè gl'intenti fondamentali propostisi in questo argomento dagli autori del codice debbono di necessità esercitare una influenza decisiva nella interpretazione del diritto positivo nostro, riguardante la materia importantissima che entriamo a trattare, e possono servire a risolvere qualche grave difficoltà, che in tale interpretazione si presenta; non sarà soverchio

riferire testualmente le parole della relazione con cui era presentato il progetto.

“ Un'altra difficoltà, vi era detto, si presentò nel modo “ di cautelare il minore per la responsabilità che il tutore “ può incontrare nell'amministrazione della tutela.

“ Essendo questo un ufficio pubblico, di regola obbliga- “ torio e sempre gratuito, non sembrava conforme a giu- “ stizia aggravare di troppo la condizione dei tutori, “ sottoponendo di diritto tutti i loro beni ad ipoteca, “ cautela questa che può d'altronde essere effimera quando “ il tutore non abbia beni immobili, o quando il valore di “ essi trovisi già assorbito da altre ipoteche.

“ Per guarentire il minore, senza imporre un vincolo “ eccessivo pel tutore, *si è cercato di diminuire, per quanto* “ *fosse possibile, le occasioni al tutore di rimanere in debito,* “ *limitando le sue attribuzioni ed estendendo la vigilanza del* “ *consiglio di famiglia.*

“ Fu pertanto disposto che il tutore non potesse riscuo- “ tere i capitali del minore senza esservi autorizzato; che “ il consiglio di famiglia determinasse la somma occorrente “ per le spese di manutenzione del minore, oltre la quale “ incombe l'obbligo al tutore d'impiegare i residui proventi “ dei beni amministrati, l'esame annuale dell'amministra- “ zione tutoria e quindi la presentazione degli stati annuali “ della medesima „ (1).

Codesti intendimenti, ed i mezzi con cui erano attuati nel progetto, furono accolti senza innovazioni notevoli dalla Commissione del Senato, nella cui relazione leggesi infatti quanto segue:

“ La parte più essenziale del diritto tutelare è certamente “ quella che concerne l'esercizio della tutela. È vecchio “ lamento che le leggi intese a proteggere i minori ne divo- “ rino le tenui sostanze con forme soverchie e dispendiose. “ Nè, a vero dire, il lamento è affatto destituito di ragione.

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 26.

“ La grande difficoltà consiste nello evitare l'eccesso o “ il difetto delle formalità protettrici degl'interessi dei mi- “ nori. Gode la Commissione di riconoscere, che il progetto “ è riuscito a sciogliere lodevolmente il problema, ed arreca “ notevoli miglioramenti in questa parte alle leggi ora “ vigenti. L'amministrazione tutelare sarà ad un tempo “ più semplice, più spedita ed economica, ed abbastanza “ guarentita..... Nello approvare in complesso il provvido “ sistema, la Commissione ne modificò alcune disposizioni, “ sia in conseguenza di precedenti mutazioni, sia per meglio “ raggiungere lo scopo al quale sono indirizzate „ (1).

La Commissione coordinatrice non apportò in questa parte veruna modificazione: sicchè possiamo affermare con sicurezza che il concetto dominante nel nostro Codice, in materia dell'amministrazione patrimoniale nella tutela, fu quello segnalato dalla relazione ministeriale: di render possibile, senz'accrescere i pericoli per l'interesse del tutelato, un minor rigore nella cauzione da richiedersi al tutore, diminuendogli possibilmente le occasioni di rimanere in debito, col *limitare le attribuzioni di lui* ed *estendere la vigilanza del consiglio di famiglia.*

166. Le limitazioni, a cui ora accennammo, riguardano però veramente, piuttostochè le attribuzioni del tutore in sè stesso, il loro esercizio, e l'esser questo subordinato dalla legge al previo adempimento di certe formalità abilitanti, quali sono l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e in certi casi, inoltre, l'omologazione del tribunale. Chè, del resto, come il tutore è l'unico rappresentante legittimo del minore in qualunque atto civile, così nessun atto, di qualunque natura esso sia, che occorra di compiere nello interesse del minore per la gestione del patrimonio di lui, può mai essere sottratto completamente alle attribuzioni del tutore; poichè l'ammetter ciò equivarrebbe a ritenere

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 82.

che vi fossero atti necessari od utili alla buona gestione del patrimonio del tutelato, i quali tuttavia non potessero farsi durante la tutela, perchè nessuno avesse legalmente la qualità necessaria per effettuarli; il che sarebbe in troppo manifesta opposizione collo scopo protezionale di tutto l'ordinamento tutelare. La quale avvertenza, per quanto semplice ed evidente, abbiamo stimato opportuno di fare, perchè ci sembra che l'averla dimenticata sia stata cagione di accrescere la difficoltà d'una questione vivamente dibattuta tra gli autori francesi.

Si è domandato: quale è la estensione dei poteri del tutore in ordine all'amministrazione dei beni del tutelato? E sovra un punto tanto fondamentale, in cui sarebbe necessario rimuovere ogni benchè minima incertezza, i commentatori del codice Napoleone sono tuttavia ben lontani dal trovarsi concordi.

Alcuni hanno stabilito come principio fondamentale, che debbano esser compresi nei poteri del tutore tutti gli atti necessari od utili per la conservazione, la fruttificazione o l'aumento del patrimonio del minore; e quelli soli gli siano, in forza della stessa natura loro, vietati, che avrebbero per risultamento di diminuire il patrimonio del tutelato senza correspettivo o surrogato alcuno. E da ciò hanno voluto trarre come conseguenza questa regola generale: che *il tutore possa fare liberamente, sotto la propria responsabilità, ogni sorta di atti a titolo oneroso* riguardanti il patrimonio del tutelato, senza essere soggetto a speciali condizioni, formalità ed autorizzazioni, se non nei casi in cui esse siano espressamente richieste dalla legge. La missione del tutore, così questi scrittori argomentano, importa di per sè stessa, in massima, il potere di far tutto ciò che un buon padre di famiglia opererebbe per la gestione del suo proprio patrimonio. Chi vuole il fine, vuole i mezzi. Era su questa base e in questo senso la massima del diritto romano, che il tutore dovesse considerarsi come padrone in ordine alla gestione del patrimonio pupillare

(L. 27 ff., *De admin. et periculo tut.*). E lo stesso concetto deve pure ritenersi adottato come fondamentale nel codice Francese. Ne è prova la formola negativa o restrittiva adoperata nelle disposizioni concernenti i poteri del tutore; poichè la legge non dichiara quali atti il tutore possa fare, ma quali non possa fare se non a condizione d'esservi autorizzato, o di adempiere certe solennità. Nè dicendo che *il tutore amministra i beni del minore*, ha inteso il legislatore di adottare la distinzione, insegnata da altri commentatori, tra gli atti di *amministrazione semplice* e quelli di *disposizione dei beni*. La parola *amministrazione* devesi ritenere usata nel suo significato ordinario e più esteso, come sinonimo di *gestione*, così da comprendere pertanto tutti gli atti necessari od utili al governo d'un patrimonio (1).

Una teoria affatto opposta è stata professata recentemente da un celebre scrittore.

Secondo lui è troppo il dire che la missione del tutore gli conferisca naturalmente il potere di fare nel patrimonio del minore tutto ciò che un buon padre di famiglia farebbe nel patrimonio proprio; poichè relativamente a quei beni egli non ha alcun diritto personale, ma un semplice mandato legale per amministrare.

Da ciò dee seguire che il tutore non possa di regola fare altri atti che quelli derivanti dai poteri di amministrazione semplice, e permessi ordinariamente dalla legge a chi governa i beni altrui. Per conferire al tutore poteri più estesi abbisogna un testo di legge, poichè solo in virtù di questa possono esistere eccezioni, e l'ammettere il tutore a fare atti di disposizione dei beni, di cui gli è affidata l'amministrazione, costituisce veramente una eccezione alla regola; che limita le facoltà sue a quelle d'un semplice amministratore.

Con queste idee concorda il testo della legge, che pone

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 380, obs. II; Demolombe, t. VII, ni 529, 597; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 1, pag. 445, 446.

fra le attribuzioni del tutore *l'amministrare da buon padre di famiglia i beni del minore.* È erroneo l'interpretare qui codesta parola *amministrare* nel senso più generico ed esteso che sia possibile: mentre ogni volta che il legislatore l'ha usata, vi ha annesso un significato specifico, diretto a segnalare una differenza essenziale tra l'amministratore dei beni altrui e il padrone; il primo dei quali non può fare che atti di semplice amministrazione, mentre il secondo può disporre liberamente delle cose che gli appartengono. In tal senso fu adoperata infatti la parola *amministrazione*, trattando degl'immessi nel possesso temporaneo dei beni d'un assente (art. 128 codice Francese; 28, 29, § 2, codice civile Italiano), della patria potestà (art. 389 cod. Francese; 224 cod. civile Italiano), dei rapporti tra i soci (art. 1859, 1860 codice Francese; 1723, 1724 codice Italiano) e soprattutto del *mandato concepito in termini generali*, che comprende *i soli atti di amministrazione*, e per quelli *di dominio* deve essere *espresso* (art. 1988 codice Francese; 1741 codice Italiano). Male a proposito poi si vuole argomentare dalle massime stabilite in diritto romano; poichè la facoltà di alienare a titolo oneroso i beni pupillari, concessa da prima ai tutori, fu successivamente limitata, e si finì per toglierla (1).

Uno dei fautori della prima tra le indicate contrarie opinioni ha esitato ad applicarla risolutamente in tutte le sue conseguenze: e mantenendo che il tutore possa fare liberamente tutti quegli atti a titolo oneroso, anche di disposizione dei beni del tutelato, pei quali la legge non l'abbia espressamente assoggettato a condizioni o formalità speciali, ha insegnato per altro che la piena validità di tali atti debba ammettersi soltanto *per rispetto ai terzi contraenti;* ma che nei rapporti tra il pupillo e il tutore, quest'ultimo, quand'anche abbia agito in perfetta buona fede, rimanga responsabile *di non aver supplito alla imperfezione*

(1) V. Laurent, t. V, n[i] 40, 41, pag. 45 e seg.

dei testi invocando l'autorizzazione, od almeno il parere del consiglio di famiglia, sebbene la legge espressamente non ve lo obbligasse, qualora si tratti d'un atto di grave importanza e che sia riuscito a danno del minore (1). Il quale temperamento fu però censurato, e non a torto, per quanto ne sembra, come illogico e contrario ai principii. Pare invero singolare l'idea, che *possa incombere al tutore un'obbligazione legale di supplire alla imperfezione dei testi di legge*. Ammesso che il tutore abbia compiuto legittimamente un atto, perchè compreso nei liberi suoi poteri, la validità dell'atto medesimo deve sussistere a fronte del pupillo, come dei terzi; salva soltanto la responsabilità del tutore nei casi *di dolo o di colpa*, che gli si potessero rimproverare. Se per la ragione contraria si consideri l'atto del tutore come illegittimo, e quindi nullo, non si comprende perchè dagli effetti della nullità avessero a salvarsi i terzi contraenti, ai quali neppur potrebbe fare schermo la buona fede in cui avessero agito, giacchè non vale buona fede per rendere efficace un atto compiuto con chi non abbia potere legale di farlo; e sapendo di trattare con un amministratore, i terzi dovevano regolarsi di conformità, ed esigere l'adempimento delle formalità necessarie (2).

Restano dunque a fronte due soli sistemi; il primo giusta cui il tutore potrebbe fare da solo, senz'autorizzazione, nè omologazione, nè altra formalità qualsiasi, ogni atto anche di disposizione, pel quale la legge non gli avesse espressamente e specialmente imposto l'una o l'altra di tali condizioni; il secondo, che distinguendo gli atti di *amministrazione semplice* dagli altri di *disposizione*, limiterebbe a quelli le facoltà libere del tutore, mentre agli altri applicherebbe per analogia le norme stabilite dal diritto positivo relativamente a quelli degli atti di disposizione che furono espressamente contemplati.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 587.
(2) V. Laurent, t. V, n. 42, pag. 49.

Ciascuna di queste teorie si fonda sopra argomenti assai gravi, ciascuna ha il suo lato di verità; eppure non manca, a veder nostro, nè nell'una nè nell'altra qualche punto erroneo; il che reputiamo dipendere, come avvertimmo in principio di questo numero, dall'aver trascurato di tenere distinte le attribuzioni del tutore in sè stesse, le quali necessariamente si estendono ad agire pel minore e rappresentarlo in ogni atto civile, di qualunque natura esso sia, e l'esercizio di quelle attribuzioni, che possa essere o non essere subordinato al previo adempimento di certe forme abilitanti, di autorizzazione o di omologazione.

Così nel primo sistema troviamo esattissima la massima, che *il tutore avendo per missione di conservare, far fruttare ed accrescere, se è possibile, il patrimonio del minore, i poteri del tutore stesso si estendano quindi a tutti gli atti del governo patrimoniale, o stiano entro i limiti della semplice amministrazione, o li eccedano, eccettuati quelli soli pei quali si venisse a diminuire il patrimonio del minore senz'alcun correspettivo o surrogato;* o in altre parole, eccettuati i soli atti a titolo di liberalità. Ciò è conforme ad un principio, di cui demmo altrove la dimostrazione (1). Ma è poi legittimo il dedurre da ciò che dunque *il tutore possa fare liberamente da solo quegli atti di disposizione dei beni del minorenne, pei quali la legge non abbia espressamente richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia, l'omologazione del tribunale od altra forma abilitante?* Per concludere senz'altro così, bisogna sorpassare d'un salto la distanza che separa le attribuzioni tutorie in sè stesse dal loro esercizio. Certamente, al governo dei beni del minore non deve mancare nessuno di quei mezzi che possono condurre a bene la gestione patrimoniale di un buon padre di famiglia; ciò è necessario pel fine che la legge si è proposto nell'ordinamento della tutela, e sarebbe incoerente ritenere che la legge avesse voluto escludere tali mezzi. Certamente

(1) V. sopra, n. 155, pag. 717.

ancora, essendo solo il tutore che agisce pel minore e lo rappresenta in tutti gli atti civili, è indispensabile che il tutore stesso abbia qualità per compiere tutti gli atti che occorrano al fine di governare, come farebbe un buon padre di famiglia, il patrimonio del minore, quand'anche quegli atti eccedano la semplice amministrazione ordinaria, e non siano stati espressamente previsti dalla legge, nè sottoposti a speciali condizioni o formalità abilitanti. Ma ciò non importa per logica necessità che l'esercizio di tali poteri del tutore debba essere affatto libero, affatto indipendente da quelle cautele, che per guarentigia del minore la legge abbia reputato necessario prescrivere per altri atti di simil natura: conciliandosi facilmente che il tutore sia rivestito, in virtù del suo mandato legale, della qualità necessaria per fare qualunque atto, anche di disposizione dei beni nell'interesse del minore, e tuttavia per compiere validamente tali atti debba soddisfare a certe formalità abilitanti. Da ciò stesso è dimostrata facilmente la niuna rilevanza dell'argomento che si vuol trarre dall'esser detto nel testo che *il tutore amministra i beni del minore*, e dal senso il più generico ed esteso che si attribuisce a quella parola *amministrazione*. Ne conveniamo facilmente; quella parola nell'articolo 450 del cod. Francese, come nel 277 del codice nostro, non è usata nel significato ristretto che si annette alla *semplice amministrazione;* ma nel più ampio, comprensivo anche degli atti di disposizione, dei quali possa occorrere il bisogno nella gestione tutoria. Ma che perciò? Quella disposizione non fa altro che dichiarare in massima quali siano le varie attribuzioni del tutore, tra le quali non è dubbio doversi comprendere l'agire pel minore e rappresentarlo anche negli atti che eccedano l'amministrazione ordinaria, come in quelli che stiano entro i limiti di essa, ma non riguarda in nessun modo alla determinazione degli atti che il tutore abbia il potere di fare da solo, o pei quali egli debba previamente adempiere formalità abilitanti, riportare autorizzazione dal consiglio

di famiglia, od omologazione dal tribunale. Neppure una parola che accenni a nulla di ciò in quell'articolo. Altre disposizioni se ne occupano; e sono, nel nostro codice, principalmente quelle degli articoli 296 e 301; le quali non dànno alcuna norma generale per discernere gli atti che il tutore possa fare liberamente, da quelli in cui sia soggetto a speciali condizioni e forme abilitanti, ma contengono semplicemente una enumerazione specificata di atti pei quali si richiede che il tutore sia autorizzato dal consiglio di famiglia, o che riporti inoltre l'omologazione del tribunale. Una tale enumerazione dev'essa riguardarsi come tassativa, od è dimostrativa soltanto? Altri atti, non espressamente compresi nelle parole di quegli articoli, hanno però a ritenersi soggetti alle medesime disposizioni, per analogia, essendo simile la loro natura giuridica ed identico il motivo della legge? È questa la vera, la sola questione da risolversi; e la esamineremo in sede più opportuna commentando i citati articoli 296 e 301. Intanto però, reputiamo sufficiente ciò che abbiam detto per dimostrare, che quando in tale proposito si parla della missione del tutore per conservare, far fruttare ed aumentare possibilmente il patrimonio del minorenne, quando si adduce la necessità, che per soddisfare appunto a tale missione, il tutore abbia il potere di fare tutto ciò che un buon padre di famiglia opererebbe per la gestione del proprio patrimonio, quando si argomenta dalla massima generale proclamata dall'articolo 450 del cod. Francese e nel 277 del codice nostro, e dalla interpretazione della parola *amministrazione*, ivi adoperata, nel senso generico di *governo dei beni*, anzichè in quello specifico di pura e semplice amministrazione ordinaria, non si fa in realtà con tutto ciò che scambiare i termini veri della quistione.

Parimente nel secondo sistema, che abbiamo accennato, troviamo alcune proposizioni, nelle quali non sapremmo consentire. Ci sembra, in primo luogo, evidentemente erroneo l'insegnamento che " i poteri esercitati dal tutore

“ non appartenendogli se non nella sua qualità di ammi-
“ nistratore, *egli non possa fare che gli atti derivanti dal*
“ *potere d'amministrazione, e permessi ordinariamente dal*
“ *codice a chi amministra i beni altrui* „ e che “ *ogni atto*
“ *di disposizione dei beni del minore sia fuori del potere del*
“ *tutore*, salvo che la legge glielo conceda espressamente ed
“ eccezionalmente per determinati atti „. Ci sembra erroneo il paragone dell'ufficio del tutore col *mandato concepito in termini generali*, che a norma dell'art. 1988 cod. Francese, a cui corrisponde il 1741 del codice nostro, *non comprende che gli atti di amministrazione semplice*, mentre per quelli *di disposizione* è necessario il *mandato espresso*. La legge non ha voluto nè potuto conferire al tutore un semplice *mandato generale ad amministrare*, esclusivo degli atti di disposizione. Ciò sarebbe ben lontano dal corrispondere allo scopo protezionale dell'ordinamento della tutela in favore del minore. Ponendo questo in uno stato di completa incapacità civile, la legge dovea provvedere perchè da ciò non provenisse danno, in luogo di vantaggio, agl'interessi di lui; dovea quindi disporre perchè col mezzo di un rappresentante legittimo, del tutore, potesse farsi pel patrimonio del minorenne tutto ciò che un buon padre di famiglia farebbe, tutto ciò che opererebbe presumibilmente lo stesso minore se fosse capace. Ora, se si stabilisse il principio che il tutore non avesse di regola altre facoltà che di semplice amministrazione, e che *ogni atto di disposizione eccedesse i poteri di lui*, eccettuati soltanto i casi di espressa disposizione di legge in contrario, è manifesto che moltissimi atti, dei quali può verificarsi la necessità o l'utilità nell'interesse dei minori, diverrebbero ineffettuabili; poichè nè al legislatore è possibile preveder tutto, nè pei casi non contemplati, e nei quali perciò non potesse agire il tutore, vi sarebbe alcun altro che lo potesse, stantechè gli altri uffici del consiglio di famiglia e dell'autorità giudiziaria riguardano la parte deliberativa e direttiva, non l'esecutiva dell'amministrazione tutelare, nè possono mai

comprendere la rappresentanza del minorenne, riservata esclusivamente al solo tutore.

La pretesa regola, che *il tutore non abbia poteri di disposizione relativamente ai beni del minore*, intesa così alla lettera com'è formulata, non sarebbe dunque che un errore apertamente dimostrato dalla ragione e dallo spirito della legge. Conseguentemente neppur sapremmo approvare il carattere di eccezioni, che vorrebbesi attribuire a quelle disposizioni, con cui la legge riconosce espressamente nel tutore il potere di compiere, sotto certe condizioni e forme abilitanti, alcuni determinati atti eccedenti la semplice amministrazione ordinaria. Nè reputiamo giusta, e già ne toccammo sopra i motivi, la interpretazione che si vuol dare alla parola *amministrazione*, adoperata nell'art. 450 del codice Francese, pari al 277 del codice Italiano, intendendola nel senso limitato della sola amministrazione ordinaria, escluso ogni atto di disposizione; nè ci persuade l'argomento dedotto a tal uopo da altri articoli del codice, nei quali quella stessa parola non è usata, come qui, isolatamente ed in senso assoluto, ma *contrapponendola*, o espressamente o implicitamente, *agli atti di disposizione dei beni.*

D'altra parte, supponendo vera quella pretesa regola, la conseguenza non potrebb'esserne quale la vorrebbe l'autore di questo sistema. “ Il principio da seguirsi, egli dice, “ pei casi non previsti dal codice, è il seguente. O si tratta “ d'un atto di amministrazione e il tutore ha qualità per “ farlo, in virtù del potere generale di amministratore, che “ gli è dato dall'art. 450. O si tratta d'un atto di disposi- “ zione, e il tutore non ha diritto di farlo, perchè nessun “ atto di alienazione è in suo potere: *bisognerà applicare* “ *per analogia le disposizioni del codice concernenti gli atti* “ *di disposizione* „. Ma se il tutore *non avesse qualità per fare gli atti di disposizione non previsti espressamente nel codice*, quegli atti diverrebbero affatto impossibili; e se le disposizioni di legge, che sotto certe condizioni e

formalità permettono al tutore alcuni determinati atti di disposizione, fossero *eccezioni*, non potrebbero applicarsi per analogia ai casi non previsti, giacchè le leggi eccezionali non sono estensibili per analogia.

— Tutto il vero dell'argomentazione, che siamo venuti parte a parte esaminando, consisterebbe, a veder nostro, unicamente in ciò: che le facoltà certamente libere del tutore, quelle nel cui esercizio egli può fuor d'ogni dubbio agire da solo, senza essere soggetto ad autorizzazione del consiglio di famiglia, ad omologazione del tribunale, all'adempimento di qualsiasi formalità abilitante, sono quelle della semplice amministrazione ordinaria. Ed è anzi osservabile, per quanto riguarda la legislazione nostra, come anche per qualche atto, che pure di natura sua sarebbe a comprendersi nella semplice amministrazione, siano tuttavia state ordinate certe cautele, e siasi richiesta la deliberazione del consiglio di famiglia. Degli atti di disposizione dei beni del minore, la legge ne contempla nominatamente alcuni, pei quali prescrive certe forme abilitanti, l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e talora inoltre l'omologazione del tribunale. Per gli altri, non previsti dalla legge, rimane il dubbio se essi possano esser fatti dal tutore liberamente, come quelli di semplice amministrazione, o se si richieda l'adempimento delle stesse condizioni e formalità stabilite dalla legge per gli atti di disposizione che ha espressamente contemplati. Ma codesto dubbio, che per le ragioni accennate non crediamo potersi togliere col solo sussidio dei principii generali relativi all'amministrazione tutelare, attende quindi la sua risoluzione dallo studio degli articoli del codice, nei quali si tratta appunto di atti di disposizione, che occorrano nell'amministrazione tutoria. Esaminando la lettera e lo spirito di quegli articoli, si potrà determinare se in essi riscontrinsi i caratteri di disposizioni *tassative*, e nel caso opposto, se determinati atti di dominio, i quali non si trovino compresi nella enumerazione espressamente recata negli articoli stessi, abbiano con quelli che

vi sono contemplati tale somiglianza da giustificare l'argomentazione per analogia, secondo la regola d'interpretazione proclamata nell'art. 3, § 2, delle disposizioni preliminari del nostro codice. Allora soltanto, e con questi ben diversi argomenti, potrà, a veder nostro, considerarsi come risolta la questione; per ora dobbiamo fermarci al risultato negativo, che ci è parso di dover trarre dalla lunga discusssione che abbiam fatta su questo punto importantissimo.

Corrispondenti ai poteri del tutore sono le obbligazioni di lui, le quali tanto si estendono quanto sia necessario per governare da buon padre di famiglia i beni del tutelato. Chè se una tal massima non trovasi testualmente scritta nel codice Italiano, com'era nell'art. 450, § 2, del codice Francese, non può essere certamente perchè il legislatore nostro abbia inteso di decampare da un principio di ragione così evidente, ma è solo perchè non si vide necessario l'esprimerlo, essendo per sè troppo manifesto che anche le obbligazioni dipendenti dal mandato legale imposto al tutore dovessero rimaner soggette alla regola generale dell'art. 1224 del codice civile, secondo cui la diligenza che devesi impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, da qualunque causa questa derivi, *è sempre quella di un buon padre di famiglia.*

Del resto, per quel nesso intimo, che già altrove notammo, tra i poteri e le obbligazioni del tutore, non essendo anzi quelli che i mezzi per l'adempimento di queste (1), e poichè per le ragioni superiormente esposte i poteri del tutore non possono ritenersi limitati al semplice ufficio dell'ordinaria amministrazione, ma comprendono eziandio gli atti di disposizione necessari od utili al buon governo del patrimonio del minorenne, salvo soltanto il doversi adempiere per tali atti quelle speciali formalità abilitanti che dalla legge sono prescritte, mentre invece è generalmente libera

(1) V. sopra, n. 152, pag. 713, 714.

affatto l'azione del tutore per quanto riguarda la semplice amministrazione; è certo dunque che anche gli obblighi del tutore possono versare, oltrechè in tutto ciò che stia entro i limiti della semplice amministrazione ordinaria, anche in quegli atti di disposizione, dei quali nel corso della gestione si manifesti il bisogno per l'interesse dell'amministrato, e che un buon padre di famiglia dovrebbe fare. Solamente la necessità appunto che per gli atti eccedenti la semplice amministrazione siano adempite le speciali formalità abilitanti, che la legge abbia stabilite, potrà indurre modificazioni, sia nel modo d'esecuzione delle relative obbligazioni del tutore, sia nella responsabilità di lui, come appresso vedremo.

Tenuto egli solo a provvedere per tutto ciò che concerne la semplice amministrazione ordinaria, il tutore deve dunque, sotto la propria responsabilità, curare la conservazione del patrimonio del minorenne, la produzione e la percezione dei frutti di cui sono suscettibili i beni che lo compongono, l'aumento del patrimonio stesso mediante i risparmi ottenibili sulle rendite e il loro impiego. A lui pertanto incombe di mantenere in buono stato i beni mobili od immobili, facendo eseguire le necessarie riparazioni; di assicurarli contro i danni dell'incendio, d'interrompere la prescrizione dei crediti od altri diritti spettanti al minore; di procurare, per quanto sia possibile, l'estinzione dei debiti e degli oneri che aggravino i beni amministrati; di appigionare le case, ed affittare o far coltivare le terre; di agire in tempo debito per la riscossione delle pensioni di affitto, degli interessi dei crediti od altre rendite; di provvedere alla raccolta, ed alla vendita a tempo opportuno, dei frutti prodotti dai beni condotti ad economia; di limitare a quanto sia necessario le spese per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio, ed impiegare gli avanzi, osservando le norme che in proposito siano state stabilite dal consiglio di famiglia, secondo il disposto dall'art. 291 del cod. civ.

Tenuto pure a curare da buon padre di famiglia il buon governo dei beni del minore anche in ciò che ecceda la semplice amministrazione ordinaria, il tutore dovrà promuovere le abilitazioni, che a norma di legge gli siano necessarie per poter procedere agli atti relativi, ed ottenutele, dovrà poi compiere tali atti. E lo stesso dovrà pur fare rispetto a quegli atti speciali, che quantunque per la natura loro potessero ritenersi compresi nella semplice amministrazione ordinaria, siano però stati per particolari ragioni assoggettati dalla legge a certe formalità abilitanti, come vedremo più oltre essersi fatto per la riscossione dei capitali del minore e pel relativo impiego.

167. Accennammo nel numero precedente come il tipo ordinario d'un buon padre di famiglia debba servire così a determinare l'estensione degli obblighi del tutore nel governo dei beni del tutelato, come a misurare conseguentemente la responsabilità del tutore stesso per le colpe che gli siano imputabili nella gestione, secondo la regola generale dell'art. 1224 cod. civile. La quale proposizione sembra tanto più indubitabile nella legislazione nostra, dappoichè essa non ha scritto questa massima dell'art. 1224 per le sole obbligazioni contrattuali, com'erasi fatto nel codice Francese, ma tra le regole comuni generalmente per tutte le obbligazioni, quale che sia la causa da cui derivino, tanto se sia la legge quanto il contratto.

Ben è vero che lo stesso art. 1224 richiama espressamente nel secondo paragrafo ad eccezioni, in forza delle quali la premessa regola devesi *applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi nel codice;* ed è vero pure che in ordine al mandato, l'articolo 1746, mentre nel paragrafo primo, stabilendo la responsabilità del mandatario *anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato*, viene a riferirsi indubbiamente alla regola generale dell'art. 1224, nel secondo paragrafo poi dichiara *applicabile meno rigorosamente tale responsabilità*

riguardo alla colpa, quando il mandato è gratuito, il che equivale a dire non doversi sempre ed assolutamente determinare la responsabilità del mandatario gratuito col confronto della diligenza ordinaria d'un buon padre di famiglia, ma bastare ch'egli abbia apportata nell'esecuzione del mandato quella stessa cura che suole usare nelle cose proprie; o in altre parole, e secondo le espressioni adottate, non esser egli tenuto della colpa *lieve in astratto*, ma soltanto della colpa *lieve in concreto*. Ma è vero altrettanto che questa massima dell'articolo 1746 è scritta pel *mandato convenzionale;* rispetto a cui è infatti perfettamente giustificabile, dovendo il mandante imputare a sè stesso se ha scelto un mandatario negligente, dal quale non può ragionevolmente aspettarsi che usi per gli affari altrui maggiori cure che pei proprii, sicchè vi è identità di motivi e perfetta analogia col caso del depositario, regolato in simil modo dall'articolo 1843 cod. civile; mentre qui all'opposto trattasi d'un mandatario non convenzionale, ma legale, che dal tutelato non è scelto, ma subìto, epperò troppo grave ed ingiusto sarebbe che l'essergli dato un cattivo amministratore servisse ad alleggerire la responsabilità di costui, ed a rendere irreparabili i danni a cui l'amministrato andasse incontro.

Ritenuta pertanto l'applicabilità della regola generale dell'articolo 1224 anche in quanto risguarda la responsabilità dei tutori per l'inadempimento delle obbligazioni ad essi spettanti nella gestione patrimoniale del minorenne, reputiamo però che tale applicazione debba aver luogo indistintamente, in senso favorevole ai tutori medesimi, come in senso contrario. Nè ci sembra adottabile l'opinione insegnata da alcuni autori, ad avviso dei quali la norma generale della diligenza solita ad usarsi da un buon padre di famiglia sarebbe da seguirsi finchè si trattasse di estendere la responsabilità del tutore, il quale fosse abitualmente meno diligente nei proprii affari, od essendo interessato al pari del tutelato nel medesimo negozio, avesse

commessa anche per sè la stessa trascuratezza, mentre invece il tutore che per una straordinaria capacità ed attenzione trattasse abitualmente le cose proprie con maggior cura ed efficacia di quanto comunemente avverrebbe in un buon padre di famiglia, o che in negozio identico o simile a quello del minore fosse riuscito per somma diligenza a conservare gli interessi proprii, potrebbe divenire responsabile anche della *colpa lievissima* (1). La regola dell'articolo 1224 è generale ed assoluta; per essa si volle che la diligenza dovuta da ogni obbligato, nell'adempimento della propria obbligazione, si commisurasse sempre a quella d'un buon padre di famiglia, affinchè si avesse un tipo costante su cui determinare la responsabilità, evitando le incertezze e la moltiplicità di questioni a cui lasciava luogo la distinzione dei diversi gradi di colpa. Data l'applicabilità di quella regola, come tutti ne convengono, anche quanto alla responsabilità dei tutori, bisogna accettarla in tutto, nè può esser lecito introdurvi distinzioni che il testo della legge non ammette, e che sarebbero contrarie ai fini di essa. D'altronde sarebbe manifestamente opposto alla equità l'accettare il tipo del buon padre di famiglia per tenere responsabile il tutore di non aver usata una diligenza che non soglia praticare neppure nelle cose proprie, e rifiutar poi quel medesimo tipo, ed esigere dal tutore una diligenza maggiore, solo perchè nei proprii affari la usi; applicando così o disapplicando negli stessi rapporti tra due persone una medesima norma, secondochè giovi o nuoccia ad una di esse esclusivamente. E per ciò stesso ci sembra che in favore della contraddetta opinione male si argomenti dal disposto delle leggi romane, a cui le nuove legislazioni hanno sostituiti principii più largamente informati all'equità, ed un sistema più semplice e diretto a prevenire questioni, in ordine alla colpa di cui possa aversi responsabilità per inadempimento delle obbligazioni (2).

(1) V. Duranton, t. III, n. 606; Demolombe, t. VIII, n. 121.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 112, nota 33; Laurent, t. V, n. 166, pag. 181.

Tutto ciò, per altro, vale soltanto pel principio generale di diritto, da osservarsi dai giudici nel determinare la responsabilità dei tutori; chè pel resto la gravezza della colpa, da cui tale responsabilità può derivare, dipende a sua volta da circostanze di fatto, relative sì alla natura stessa dell'affare di cui si tratti, che alle condizioni personali del tutore; sicchè possa dirsi che in pari condizioni ogni buon padre di famiglia avrebbe usata una diligenza maggiore. I quali apprezzamenti sono di esclusivo dominio dei giudici del merito.

Vi sono tuttavia casi determinati, nei quali la legge stessa direttamente dichiara la responsabilità del tutore; come quando egli abbia ommesso di esercitare in tempo utile un'azione di riscatto (art. 1519 cod. civ.), d'iscrivere o rinnovare la ipoteca legale (art. 1984, 2002 cod. civile), d'interrompere le prescrizioni che corrono anche contro le persone soggette a tutela (art. 2145 cod. civ.); e in questi ed altri casi simili la sentenza, che disconoscesse la responbilità del tutore espressamente dichiarata dalla legge, sarebbe quindi sotto tale aspetto soggetta a censura in via di cassazione. Sarebbe all'opposto insindacabile, in ogni altro caso, tanto in materia di atti stragiudiziali che giudiziali; come per questi ultimi è esplicitamente riconosciuto nell'art. 372 del cod. di proc. civile che ammette *poter esser condannati* i tutori, personalmente e senza diritto di ripetizione, nelle spese del giudizio, quando concorrano gravi motivi.

168. Allorchè il tutore, entrando in esercizio dell'ufficio, continua la gestione d'una tutela già in corso, ha semplicemente da promuovere, prima di assumere effettivamente le funzioni sue, la nomina del protutore, essendo cessato di diritto il precedente (art. 265, 267 cod. civile), ed in presenza del protutore di nuova nomina o rieletto, ricevere il conto dell'amministrazione esercitata dal tutore a cui succede, ed assumere il possesso dei beni del tutelato

per continuare la gestione sotto la cauzione che sia tenuto a prestare. Ma quando si tratti di tutela nuova, il tutore ha altre obbligazioni; alcune delle quali, o debbono essere eseguite prima ancora che incominci l'esercizio della tutela, sotto pena d'essere altrimenti soggetto a rimozione il tutore stesso, oltre l'obbligo del risarcimento d'ogni danno, od almeno debbono essere adempite in principio dell'amministrazione tutelare, sotto la responsabilità parimente del danno derivabile dall'ommissione o dal ritardo; altre invece riguardano la gestione stessa nel corso della tutela.

A.

Degli obblighi che il tutore deve adempiere in principio dell'amministrazione tutelare.

Sommario. — 169. Nozioni generali e divisione della materia.

169. Le obbligazioni di cui la legge esige dal tutore l'adempimento al cominciare dell'amministrazione che gli è affidata, hanno per iscopo di stabilire le basi stesse di quest'amministrazione, di determinare la responsabilità del tutore nei beni di cui gli è commesso il governo, di assicurare all'amministrato i mezzi per ottenere l'attuazione di tale responsabilità.

Già notammo nel numero precedente come l'esecuzione di alcune di quelle obbligazioni debba assolutamente e rigorosamente precedere l'esercizio pieno delle ordinarie funzioni della tutela, mentre rispetto ad altre non è vietato al tutore di entrare nell'esercizio ordinario dell'ufficio suo prima di averle eseguite, ma basta che in principio dell'amministrazione ne curi colla comune diligenza di buon padre di famiglia l'adempimento.

Alla prima delle quali categorie appartiene, innanzi tutto, l'obbligo, che l'articolo 265 impone al tutore, di

promuovere la nomina del protutore; e intorno a ciò abbiamo già esposte altrove le osservazioni che ci parvero necessarie (1).

Vi appartiene ancora il dovere, ingiunto al tutore, di chiedere la rimozione dei sigilli, se siano stati apposti, e far poi immediatamente procedere alla formazione dell'inventario; affinchè coll'accertare esattamente la consistenza del patrimonio del minorenne sia stabilita la base fondamentale di tutta l'amministrazione tutelare, sia constatato tutto quello, di cui il tutore assume la responsabilità e di cui deve rendere il conto in fine della tutela, ed abbiansi gli elementi per poter determinare l'ammontar della cauzione che a guarentìa del tutelato sia necessario richiedere, e per potere stabilire ciò che sia da farsi per la educazione del minorenne, fissando il limite dell'annua spesa occorrente.

Nell'altra categoria si comprendono le obbligazioni risguardanti:

1° la cauzione che il tutore deve dare;

2° la vendita dei mobili che si trovino nel patrimonio del minore;

3° le deliberazioni, che il tutore deve provocare dal consiglio di famiglia per stabilire approssimativamente l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione ed istruzione del minore, e l'amministrazione del patrimonio, e per fissare la somma da cui cominci l'obbligo di impiegare gli avanzi delle rendite, e il modo e il tempo dell'impiego.

Di ciascuno di questi argomenti tratteremo nell'ordine indicato.

(1) V. sopra, n. 116, pag. 494-499.

I.

Della remozione dei sigilli e della formazione dell'inventario.

Sommario. — 170. Della istanza che il tutore è tenuto a fare per la remozione dei sigilli; del tempo in cui deve presentarla, e della responsabilità che incorre in caso di ommissione. — 171. Carattere generale, assoluto e d'ordine pubblico della disposizione di legge, che prescrive la formazione dell'inventario. — 172. Conseguente inammissibilità di qualunque dispensa dal relativo obbligo del tutore. — 173. Da chi debba farsi procedere alla formazione dell'inventario, e chi debba intervenirvi. — 174. Tempo in cui l'inventario devesi fare. — 175. Quali cose l'inventario debba contenere. — 176. Specialità del caso che nel patrimonio del minore siano compresi stabilimenti industriali o commerciali. — 177. Disposizioni particolari date dalla legge pei valori in numerario o in carte al portatore, e per gli oggetti preziosi, che si trovino nel patrimonio del minore. — 178. Dichiarazioni, a cui in occasione dell'inventario è tenuto il tutore. — 179. Pene, a cui egli va soggetto, se ommetta tali dichiarazioni. — 180. Forme ordinarie solenni dell'inventario. — 181. Forme speciali ammesse in casi di eccezione. — 182. Responsabilità e pene, in cui incorre il tutore, se ommetta di fare l'inventario nel termine e nel modo stabilito dalla legge, o se lo faccia infedelmente. — 183. Influenza del compimento dell'inventario sull'esercizio dei poteri del tutore.

170. Prevedendo il caso più comune, che si tratti di tutela aperta per la morte dell'ultimo superstite dei genitori, e che sugli oggetti della successione, devoluta in tutto od in parte al figlio minore, siano stati, a norma di legge, apposti i sigilli (art. 849, n. 2, cod. proc. civ.), fu imposto al tutore, che posteriormente sia investito di questa tutela, a cui il minore trovisi per la prima volta sottoposto, di dovere entro brevissimo termine fare istanza per la rimozione dei sigilli (art. 281 cod. civ.).

Nondimeno sarebbe errore gravissimo, e sarebbe in opposizione allo stesso tenor letterale della disposizione ora citata, il ritenerne limitata l'applicabilità al solo caso predetto. Può darsi che non si tratti di tutela apertasi per la prima volta, ma divenuta vacante per la morte dell'avo paterno o materno, tutore legittimo; la successione del quale essendosi devoluta al nipote minorenne, siasi dovuto,

in virtù del ricordato articolo 849, n. 2 cod. proc. civ., far luogo all'apposizione dei sigilli. Lo stesso può essere avvenuto perchè ad un tutore dativo sia succeduto per legge o per testamento il minore soggetto a tutela. Può darsi ancora che all'aprirsi della successione, a cui era chiamato, il minore non potesse dirsi sprovveduto di tutore, perchè ve ne fosse uno testamentario o legittimo, sicchè l'apposizione dei sigilli non fosse obbligatoria, e tuttavia il tutore stesso abbia stimato opportuno il richiederla a guarentia degl'interessi del minore. Ora in tutti questi casi ugualmente il tutore, quale che sia, testamentario, legittimo o dativo, e tanto se la tutela sia aperta per la prima volta, quanto se per la vacanza avvenutane sia semplicemente stato sostituito un tutore nuovo, e così nel caso d'apposizione di sigilli obbligatoria per legge e seguìta prima che il tutore entrasse in funzioni, come in quello che egli, già investito dell'ufficio suo al tempo dell'aprimento della successione a cui era chiamato il minore, abbia tuttavia richiesto nell'interesse di quest'ultimo che i sigilli fossero apposti, dovrà sempre, in osservanza del rammentato art. 281, entro il termine ivi stabilito, fare istanza affinchè vengano rimossi. Così vuole la generalità del testo, che impone codesta obbligazione al tutore, e per ogni caso in cui *i sigilli siano stati apposti*, senza ammettere distinzione alcuna; così esige la necessità delle cose, poichè, data l'apposizione dei sigilli, la remozione legalmente ordinata di essi è un preliminare indispensabile per la formazione dell'inventario, che costituisce imprescindibilmente sempre il primo obbligo da adempiersi dal tutore innanzi di assumere il pieno esercizio delle sue funzioni; tantochè anzi l'esecuzione del decreto del pretore, che ordini la rimozione dei sigilli, non ha luogo che per opera dell'uffiziale procedente all'inventario, e i sigilli vengono rimossi successivamente e di mano in mano che si progredisce nell'inventario stesso, facendone constare da apposito processo verbale (art. 859, 861, 864 cod. civ.).

Il termine prefisso dalla legge al tutore, per presentare l'istanza affinchè sia ordinata la rimozione dei sigilli, è di *dieci giorni successivi a quello in cui egli abbia avuto legalmente notizia della sua qualità* (art. 281 cod. civ.). Colla quale dizione il codice nostro opportunamente corresse un difetto, che i commentatori giustamente notavano nel corrispondente art. 451 del codice Francese, dove essendo detto che " il tutore nei dieci giorni successivi a quello " *della sua nomina*, da esso legalmente conosciuta, farà " istanza acciocchè vengano tolti i sigilli ", pareva riferirsi al solo tutore dativo, ciò che doveva essere comune a qualunque tutore anche testamentario o legittimo.

I dieci giorni del termine decorrono da quello, non compreso, in cui *il tutore abbia avuto legalmente notizia della sua qualità*. Donde si scorge che, sebbene veramente pel solo tutore dativo sia necessario notificargli legalmente l'atto di sua nomina, pure anche pel tutore testamentario o legittimo — dato che, non ostante l'essere così fin da principio provveduto di tutore il minorenne, si fosse tuttavia dato luogo all'apposizione dei sigilli, o perchè il tutore stesso avesse reputato opportuno di richiederla, o perchè la disposizione con cui era nominato il tutore testamentario o la esistenza del tutore legittimo fosse stata conosciuta solo più tardi — il termine dei dieci giorni decorrebbe sempre soltanto dopo quello in cui *il tutore avesse avuto legalmente notizia della sua qualità*, cioè gliene fosse stata fatta notificazione in forma legale.

Forse avrebbe potuto sembrare più opportuno prendere come punto di partenza il giorno in cui constasse essersi avuta dal tutore la notizia della qualità sua, qualunque fosse il mezzo con cui gli fosse arrivata; ma trattandosi delle conseguenze d'una obbligazione esclusivamente legale, è indubitabile non potersi estenderla oltre i limiti stabiliti testualmente dalla legge stessa. D'altronde, se la disposizione qual'è può lasciar luogo, in diritto costituendo, a dubitare della sua migliore convenienza, non è per altro ingiustificabile.

Anche pendenti i termini per chiedere la remozione dei sigilli e per fare l'inventario, dovendo il tutore provvedere agli affari della tutela che non ammettono dilazione (articolo 289 cod. civ.), ed incombendogli perciò sin dal giorno, in cui abbia in qualunque modo avuta notizia della qualità propria, la responsabilità relativa (1), non può esservi assurdità in ciò che la responsabilità speciale dipendente dal ritardo nel fare gli atti occorrenti per compiere l'inventario, e porsi così in grado di poter assumere definitivamente il pieno esercizio delle funzioni tutorie, si faccia dipendere da una notificazione legale, che in qualche modo ponga in mora il tutore per l'adempimento di tali atti.

Il testo dell'art. 281 non stabilisce alcuna speciale sanzione per l'osservanza della disposizione sua, quanto all'obbligo del tutore di fare istanza per la remozione dei sigilli entro il prefisso termine di dieci giorni; forse perchè, considerato quest'atto come semplice preliminare della formazione dell'inventario, si è reputato sufficiente l'avere stabilito nell'art. 288 che, qualora questo non sia fatto nel termine stabilito, il tutore sia tenuto al risarcimento dei danni e possa inoltre essere rimosso dalla tutela.

Ad ogni modo, sembra indubitabile che le medesime sanzioni sieno da ritenersi applicabili anche separatamente pel semplice ritardo a chiedere la rimozione dei sigilli, nè si debba attendere che sia trascorso anche il mese successivo senzachè sia terminato l'inventario.

Il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione legale di chiedere che i sigilli siano tolti dà luogo infatti senz'altro, secondo i principii generali, a dover risarcire i danni che da tale ritardo possano essere derivati (art. 1218 e 1225 cod. civ.); e quanto alla rimozione dalla tutela, essa può pure, secondo le regole comuni, essere provocata contro il tutore che sia colpevole di provata trascuratezza nell'adempimento dei proprii doveri (art. 269, n. 3, cod. civ.).

(1) V. sopra, n. 151, pag. 704.

171. Ottenuto dal pretore il decreto che ordini la remozione dei sigilli che fossero stati apposti, è obbligo del tutore di fare immediatamente procedere all'inventario dei beni del minore (d.° art. 281 cod. civile). Ma quand'anche ad apposizione dei sigilli non si fosse fatto luogo, starebbe pur sempre l'obbligazione del tutore di formare l'inventario; salvochè si trattasse di tutela non apertasi per la prima volta, ma divenuta vacante, e che perciò avesse dato luogo alla sostituzione d'un nuovo tutore, senzachè per la morte del tutore precedente si fosse devoluta la successione di lui a favore del minore soggetto a tutela. In questo caso particolare è manifesto non potervi essere bisogno d'inventario, poichè ad esso supplirebbe perfettamente il rendiconto che il tutore subentrante dovrebbe ricevere dagli eredi del tutore cessato (art. 306 cod. civ.); il qual rendiconto dovrebbe necessariamente fondarsi sull'inventario compilato al tempo dell'aprimento della tutela, e contenere lo stato dimostrante le cose rimaste e consegnate al nuovo tutore, e la erogazione di quelle che più non esistessero nel patrimonio del minore, o le cause per cui non potessero più essere rappresentate (art. 320 cod. proc. civ.). Ma se si tratti di tutela apertasi per morte dell'ultimo superstite dei genitori, quand'anche, essendo il minore provveduto di tutore testamentario o legittimo, non fosse necessaria a termini di legge e non fosse stata richiesta l'apposizione dei sigilli, sarebbe certo impossibile esimersi dalla formazione dell'inventario; e quand'anche il genitore, a cui il minorenne sarebbe chiamato a succedere, nulla avesse lasciato, dovrebbe il tutore, a scarico di sua responsabilità, far compilare, in luogo dell'inventario, un processo verbale, da cui si facesse risultare la mancanza di beni. Se poi si tratti di tutela cessata prima che l'amministrato sia giunto alla maggiore età o sia emancipato, e nella quale perciò subentri un nuovo tutore, ma il tutore precedente fosse l'avo paterno o materno, o fosse anche un altro parente od un estraneo, al

quale però il minore fosse chiamato a succedere in virtù di legge o di testamento, diverrebbe tuttavia necessario, ancorchè non si fosse fatta l'apposizione dei sigilli, il procedere all'inventario dei beni di quella successione, prima che il nuovo tutore potesse assumere il pieno esercizio dell'ufficio suo, poichè non potrebbe bastare, evidentemente, ad accertare la consistenza del patrimonio del minore il solo conto da rendersi della precedente amministrazione, sicchè in tal caso e rendiconto ed inventario sarebbero ad un tempo indispensabili.

Del resto, l'obbligazione di fare inventario si applica del pari anche alle successioni che venissero a devolversi al minore durante l'amministrazione del tutore; ma ciò avviene allora in virtù di altre disposizioni che quella dell'art. 281, cioè degli art. 930 e 957 cod. civ. E tuttavia anche in tali casi il tutore, che ommettesse l'inventario, sarebbe tenuto al risarcimento dei danni che ne fossero derivati al minore, e potrebbe inoltre, secondo i casi, essere rimosso dalla tutela.

L'art. 281, parlando in genere del tutore, estende incontestabilmente l'obbligo dell'inventario all'avo paterno od all'avo materno, tutori legittimi, come a qualunque altro tutore testamentario o dativo. Nessuno di loro è esente da quest'obbligo; e nessuno infatti poteva esserlo, trattandosi d'una disposizione di legge che ha per fine di guarentire il patrimonio d'un incapace contro i pericoli di danni che potessero essere inferiti da coloro ai quali, in virtù della legge stessa, n'è affidato il governo; d'una disposizione quindi che, essendo essenzialmente d'ordine pubblico, doveva essere applicata senza riguardi nè favori a persone.

172. Ciò che abbiamo detto ora intorno al carattere della disposizione di legge, che impone l'inventario dei beni del minore, rende ragione eziandio della massima espressamente stabilita nel medesimo art. 281, che quella obbligazione sussista *non ostante qualunque dispensa;* mas-

sima, che è poi completata nel successivo art. 288 col dichiarare, che nessuna dispensa possa valere neppure quanto al termine ed al modo stabilito per la formazione dell'inventario. Tutto ciò è infatti una conseguenza ovvia e imprescindibile dell'essere quella che prescrive l'inventario una disposizione attinente all'ordine pubblico, poichè nessuna delle leggi che lo risguardino in qualsiasi modo può mai soffrire derogazione veruna per disposizione o convenzione privata (art. 12 dispos. prelim.).

Così fu risolta espressamente presso noi, nel modo più conforme ai principii, una questione che era gravemente controversa tra i commentatori del codice Francese, alcuni dei quali professavano, appunto per la principale ragione surriferita, la massima stessa che fu adottata dagli autori del nostro Codice (1), mentre altri propugnavano l'opinione contraria, fondandola principalmente sulla considerazione che il testatore, poichè avrebbe potuto lasciare tutta la propria sostanza al tutore, potesse anche dispensarlo dall'obbligazione di fare l'inventario dei beni disposti a favore del tutelato (2). Ma quest'ultimo riflesso era manifestamente fallace. Non era caso di poter applicare l'adagio che chi può il più può il meno. Tra il fare un atto permesso e protetto dalla legge, quale sarebbe il lasciare al tutore, anzichè al tutelato, ciò che si ha disponibile delle proprie sostanze, e il fare un atto contrario alla legge, quale sarebbe la dispensa dall'inventario, ch'essa impone per motivi d'ordine pubblico, non può concepirsi relazione di più e di meno: sono cose di natura affatto disparata, o piuttosto contraria, delle quali l'una dovrebbe necessariamente avere pieno effetto, mentre l'altra non potrebbe ottenerlo, se non conculcando una legge d'ordine pubblico.

(1) Magnin, *Des minorités*, t. I, n. 646; De Fréminville, *De la minor. et de la tut.*, t. I, n. 207; Chardon, *Des trois puiss.*, parte III, n. 463; Demolombe, t. VII, n. 549; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 15; Laurent, t. V, n. 10.

(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 116, n 7; Toullier, t. II, n. 1198; Duranton, t. III, n. 538; Marcadé, art. 451, § 5, t. II, n. 252; Troplong, *Don. et test.*, t. I, n. 262.

Uno scrittore nostro, accogliendo il concetto accennato dal Laurent, che " l'inventario si attenga anche al buon " costume, in quanto che abbia per oggetto di prevenire " le sottrazioni, cioè un fatto immorale „, ha stimato di potervi far fondamento per negare che la nullità della dispensa dall'inventario sia giustificabile col principio che vieta ogni derogazione a leggi d'ordine pubblico. " Tale " ragionamento, egli ha detto, non è esatto, perchè anche " la cauzione è richiesta nell'interesse del minore, e non- " dimeno il consiglio di famiglia può dispensare dal pre- " starla. Ci sembra invece che l'inventario, non tanto " nell'interesse del minore, quanto in quello della moralità " pubblica sia richiesto, in quanto che esso è diretto ad " impedire la dispersione o la sottrazione degli effetti " mobili appartenenti al minore. Ed in siffatta ragione di " moralità pubblica convien cercare la ragione per negare, " e al genitore, e al consiglio di famiglia, la facoltà di " dispensare il tutore di procedere all'inventario „ (1). Ma pare a noi che l'inesattezza stia veramente in quest'argomentazione, anzichè in quella che si pretende combattere. Non è esatto, innanzi tutto, che solo oggetto della disposizione di legge prescrivente la formazione dell'inventario sia *d'impedire la dispersione o la sottrazione degli effetti mobili appartenenti al minore*. Se fosse così, da che mai sarebbe giustificato l'esigersi la formazione dell'inventario anche per gl' immobili, che pure debbono esservi compresi, e sotto la stessa proibizione di dispensa? Accettando per buono questo modo di ragionare, bisognerebbe dunque ammettere che supposta la successione del minore in soli beni immobili, potesse il tutore essere dispensato dall'inventario, perciocchè non vi sarebbero pericoli di sottrazioni da impedire, nè quindi sarebbe in giuoco la moralità pubblica, ma il solo interesse del minore; il che sarebbe in evidente opposizione colla lettera e collo spirito

(1) Ricci, vol. I, n. 431, pag. 556.

della legge. D'altronde anche le leggi che interessano il buon costume, sono d'ordine pubblico. Nè vale obbiettare che anche la cauzione sia richiesta nell'interesse del minore, eppure il consiglio di famiglia possa dispensarne il tutore. Ciò è vero: ma non è lecito a chiunque l'accordare, rispetto ai beni che lasci al tutelato, una tale dispensa al tutore; lo può solo il consiglio di famiglia, e per accordargli una tale facoltà vi è voluta una espressa disposizione di legge, motivata da savie ragioni che vedremo più innanzi; nè allo stesso consiglio di famiglia si è lasciata libera codesta facoltà, ma si è richiesta l'omologazione del tribunale, al fine di accertarsi che la dispensa dalla cauzione non fosse conceduta al tutore se non quando la moralità e l'ampia solvibilità di lui offrissero per sè medesime tali guarentie, da ritenerne abbastanza assicurato l'interesse del minore senza bisogno del vincolo di una guarentia reale.

173. Chi debba far procedere all'inventario dei beni del minore, è detto chiaramente nel testo: è *il tutore*. Ma in caso di ommissione o ritardo da parte di lui, potrà supplirvi il protutore? Non crediamo accettabile una tale idea, che ci parrebbe inconciliabile col sistema adottato dalla nostra legge rispetto all'ufficio del protutore, e con ciò che la legge medesima stabilì come essenziale nella formazione stessa dell'inventario. Il protutore non ha, lo vedemmo, alcuna ingerenza attiva nell'amministrazione tutelare, di cui pure è primo e fondamentale atto la compilazione dell'inventario; egli non ha che un potere generale di vigilanza sull'amministrazione del tutore, e un ufficio straordinario di rappresentanza del minore nei casi d'opposizione d'interessi tra lui e il tutore, e in quello di tutela vacante o abbandonata, per gli atti conservativi od urgenti (1). Se il tutore trascura l'adempimento

(1) V. sopra, n. 112, pag. 481 e 488.

del primo degli obblighi suoi, il protutore potrà richiedere la convocazione del consiglio di famiglia (art. 257 codice civile) e provocare, occorrendo, la rimozione del tutore (art. 271, 288 cod. civ.); ma non gli è lecito sostituirsi a lui nell'esercizio di questo atto importantissimo e preliminare dell'amministrazione tutoria. D'altra parte una massima diversa condurrebbe all'assurdo di dar vita ad un documento destinato a fare stato contro il tutore, a determinare la base della responsabilità sua e del conto che dovrà rendere in fine dell'amministrazione, senza che il tutore medesimo vi avesse preso parte; e sarebbe in aperta contraddizione colla legge, la quale ha voluto che il protutore intervenga alla formazione dell'inventario a fronte del tutore, per guarentire in opposizione a lui l'interesse del minore (art. 282 cod. civ.).

Un autorevole scrittore ha spiegata veramente un'opinione contraria, e supponendo che al tempo dell'aprimento della tutela il tutore sia lontano dalla sede di essa, tanto da non potere assolutamente, entro il termine stabilito, compiere l'inventario, ha pensato potervi far procedere il protutore; fondandosi in ciò, che questi ha dalla legge il mandato per fare nell'interesse del minore gli atti conservativi od urgenti in caso di tutela vacante o abbandonata, ed osservando che se l'art. 266 non sarebbe qui applicabile letteralmente, lo sarebbe però per analogia (1). Ma crediamo che tale opinione sia abbastanza confutata dalle considerazioni esposte sopra. Il caso supposto dall'egregio scrittore non è di tutela vacante o abbandonata; ma se anche lo fosse, non si farebbe luogo, a termini dell'invocato art. 266, a poter il protutore far procedere all'inventario sotto pretesto di urgenza, ma il protutore sarebbe tenuto di *promuovere senza ritardo la nomina d'un nuovo tutore*, al quale soltanto spetterebbe di compiere un atto in cui deve stabilirsi la base della sua responsabi-

(1) V. Ricci, vol. I, n. 431, pag. 556.

lità nella futura amministrazione. Trattandosi poi di semplice impedimento a poter terminare l'inventario entro il tempo dalla legge prefisso, provvede abbastanza l'art. 281 nel secondo paragrafo, colla facoltà attribuita al pretore di poter concedere una proroga, ove le circostanze lo richiedano.

L'intervento del protutore all'inventario è una necessità espressamente dichiarata nell'art. 282 codice civile, e risultante dai principii generali del regime tutelare. Non può disconoscersi, infatti, una opposizione d'interessi tra tutore e tutelato nella formazione dell'inventario, in cui trattasi di stabilire la consistenza del patrimonio dato in amministrazione al tutore e di cui egli dovrà infine render conto all'amministrato. Ora è massima stabilita nell'articolo 266, che in ogni caso in cui l'interesse del tutelato sia in opposizione con quello del tutore, debba il protutore rappresentare il minorenne; e di tale massima è quindi una semplice applicazione il prescriversi dall'articolo 282 l'intervento del protutore all'inventario. Da ciò si rileva l'esattezza del testo, che rispetto al protutore non ha parlato, come fece pei testimoni, d'una semplice *assistenza* all'inventario, ma ha detto dovervi egli *intervenire*, e s'intende che debba ingerirsene come parte in rappresentanza del minore; e se ne trae ulteriormente come il protutore non presti in quest'atto una semplice assistenza passiva, quasi fosse un altro testimone, ma vi prenda parte attiva, quale rappresentante il principale interessato, ed abbia quindi diritto e dovere di fare quei rilievi, quelle osservazioni e quelle richieste, che nell'interesse del minore reputi giuste, legali ed opportune. Ma un'altra conseguenza importantissima si deduce dallo stesso principio: ed è che l'intervento del protutore dee reputarsi essenziale, di guisa che l'inventario, in cui non si fosse verificato, avrebbe a riguardarsi come inesistente in diritto, come improduttivo degli effetti che la legge vi annette, non altrimenti da quello a cui non avesse preso parte il tutore.

Solo può essere questione abbastanza delicata, se il tutore e il protutore possano nella formazione dell'inventario farsi rappresentare da procuratori, che abbiano a tal uopo specialmente costituiti. E il dubbio sarebbe, a veder nostro, più grave ancora pel protutore che pel tutore. Questi nell'inventario agisce nell'interesse proprio, più che in quello del minore; egli veglia affinchè le risultanze dell'atto che si sta facendo non aggravino la sua responsabilità più di quanto debba corrispondere alla consistenza effettiva del patrimonio che ha da amministrare. Non dee dunque esservi difficoltà ad ammettere ch'egli possa affidare questo suo interesse ad un procuratore speciale, che lo rappresenti nell'atto medesimo. Ma il protutore v'interviene in rappresentanza del minore, e per proteggerne gl'interessi in opposizione a quelli del tutore. Questo mandato, che ha dalla legge, non è desso strettamente personale, siccome fondato su quella qualità che gli è stata attribuita conferendogli l'ufficio, e non deve quindi escludersi la facoltà di delegare l'esercizio di tale incarico ad altri? Tale è infatti l'opinione professata da illustri autori (1). Nondimeno, in mancanza d'un testo di legge, che derogando ai principii generali vieti in questo caso di agire col mezzo d'un mandatario, e conformemente alla massima che se non è lecito spogliarsi d'un ufficio pubblico, di cui si abbia il carico, investendone altri, si può tuttavia, eccetto il caso d'una espressa proibizione di legge, esercitare le speciali attribuzioni dipendenti da quell'ufficio, col mezzo di procuratori a tal uopo specialmente delegati, salva sempre la propria responsabilità per gli atti compiuti da questi mandatari, come se fossero stati fatti personalmente dai mandanti, propenderemmo in favore dell'opinione che pel protutore, non meno che pel tutore, ammette poter essi farsi rappresentare da procuratori

(1) V. Pigeau, *Proc. civ.*, t. I, pag. 597; Carré, *Lois de la proc.*, t. II, n. 3145; Borsari, *Comm.*, art. 282, vol. I, § 607, pag. 967.

speciali nell'atto dell'inventario, del pari che in qualunque altro atto civile (1).

174. Nell'art. 281 codice civile troviamo due distinte disposizioni riguardanti il tempo in cui l'inventario deve essere fatto: l'una delle quali ne determina il cominciamento, dicendo che presentata, nei dieci giorni successivi a quello in cui ebbe legalmente notizia della sua qualità, la istanza per la remozione dei sigilli, che fossero stati apposti, il tutore " farà *immediatamente* procedere " all'inventario dei beni del minore „; l'altra ne stabilisce la fine, ordinando che l'inventario debba essere terminato *nello spazio di un mese.*

E quanto alla prima, ben si comprende che quella parola *immediatamente* non debbasi interpretare con tutto il rigore del suo significato letterale, ma basti che il tutore abbia usata la sollecitudine conveniente alla ordinaria diligenza d'un buon padre di famiglia. Che se poi con questa norma sia il tutore da reputarsi in colpa, dovrà risponderе, secondo le regole generali, del risarcimento dei danni, che dall'inadempimento o dal ritardo nella esecuzione di questa sua obbligazione legale possano essere derivati, e sarà inoltre soggetto alla remozione dalla tutela, che potrà essere provocata contro di lui per provata trascuratezza, com'è anche espressamente confermato nell'articolo 288 cod. civ. Nè da tali responsabilità lo esimerebbe l'essersi ciò non ostante terminato l'inventario nello spazio dalla legge prefisso d'un mese: chè non in ciò solo consisteva l'obbligazione imposta al tutore dall'articolo 281, ma doveva egli senza ritardo dare esecuzione al decreto del pretore, che ordinava la remozione dei sigilli, col procedere all'inventario nel corso del quale questa remozione dovea successivamente aver luogo; e se per la natura e la entità dei beni componenti il patrimonio del minore,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 555.

l'inventario poteva essere terminato in tempo più breve, ciò doveva giovare al più sollecito compimento di questa importante operazione, non rivolgersi con danno del minore a sollevare il tutore dalla responsabilità in cui era incorso per la prima negligenza. D'altronde ciò è anche conforme al testo della legge; la quale nell'art. 288 dichiara il tutore passibile del risarcimento dei danni, e soggetto a remozione, anche solo per aver trascurato di fare l'inventario *nel termine stabilito*, senza distinguere se il termine rimasto inosservato sia quello entro cui doveva essere incominciato o finito l'inventario.

La disposizione della legge, riguardante il tempo in cui devesi cominciare l'inventario, può però lasciar luogo ad un dubbio, pei casi in cui non siasi verificata l'apposizione dei sigilli. La prescrizione che il tutore abbia a far procedere immediatamente all'inventario dovrà allora intendersi in relazione al tempo in cui il tutore medesimo abbia avuto legalmente notizia della sua qualità, od allo spirare dei dieci giorni successivi? Sembra quest'ultima l'opinione da preferirsi. Il testo della legge non la respinge, e la consiglia la ragione, non iscorgendosi motivo per cui concedendosi un termine di dieci giorni a fare semplicemente un'istanza al pretore per la remozione dei sigilli, quando invece non fosse caso di ciò, non si accordasse termine alcuno per cominciare l'operazione dell'inventario, che pure può richiedere qualche preparazione. Chè anzi, siccome la remozione dei sigilli, quando occorra, e la compilazione dell'inventario non formano in realtà che due parti d'una stessa operazione, può ben dirsi che nell'intendimento del legislatore il termine di dieci giorni sia stato conceduto pel cominciamento dell'inventario, debba esso essere preceduto, o no, dalla remozione dei sigilli, e per lasciar agio a predisporre quanto sia necessario a tal uopo.

Quanto poi al termine entro cui l'inventario debba essere compiuto, la decorrenza del mese parrebbe doversi

contare, secondo le espressioni della legge, dal giorno in cui le operazioni dell'inventario fossero state cominciate. E così deve essere quando l'incominciamento non sia stato differito oltre i dieci giorni dalla notizia legalmente avuta dal tutore della qualità sua. Ma se solo dopo spirato quel primo termine avesse il tutore intraprese le operazioni dell'inventario, la negligenza sua non potrebbe certamente giovargli per godere di un più lungo tempo, mentre a norma di legge doveva far procedere all'inventario immediatamente dopo finiti quei dieci giorni.

Mentre però il legislatore stimò opportuno, da un lato, di stabilire normalmente il tempo entro il quale dovesse esser dato compimento all'inventario, affinchè per una trascuratezza, che non sarebbe rara, non avessero a protrarsene soverchiamente le operazioni, ritardando conseguentemente anche l'assunzione definitiva per parte del tutore del pieno esercizio delle sue funzioni; d'altro lato si riconobbe l'opportunità di non rendere con assoluto rigore invariabile quel termine, che secondo la diversità dei casi, sia per la natura e l'entità dei beni componenti il patrimonio del minore, sia per altre circostanze, può talvolta riuscire insufficiente. Quindi è che coll'art. 281 si è conceduta al pretore la facoltà di prorogare il predetto termine, lasciando a quel magistrato l'apprezzamento delle circostanze che richiedano la proroga, e del tempo per cui sia necessario accordarla.

175. L'inventario dev'essere generale, e comprendere perciò tutti i beni appartenenti al minore al momento dell'apertura della tutela, siano mobili o immobili, corporali o incorporali, titoli attivi e passivi.

Degl'*immobili* è necessario soltanto *la designazione* (articolo 283 cod. civ.), cioè l'indicazione della loro natura, del comune in cui si trovano, dei loro confini, e dei numeri del catasto o delle mappe censuarie (articolo 872, n. 6, cod. proc. civ.).

Dei mobili deve farsi la *indicazione e descrizione*, specificandosi il peso ed il marchio per gli oggetti d'oro e d'argento (d.° art. 872, n. 7, proc. civ.).

Pel danaro contante devesi designare la *quantità* e la *specie* delle monete (d.° art. 872, n. 8, proc. civ.).

Debbonsi pure indicare i *crediti* e *debiti*, enunciando le persone creditrici o debitrici, e l'ammontare del credito o del debito, accennando i titoli attivi o passivi risultanti da atto pubblico, e descrivendo le altre carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo, le quali dovranno essere sottoscritte in principio ed in fine dall'uffiziale procedente (d.ⁱ art. 283, cod. civ., 872, n. 9 e 10 codice procedura civile).

Dei libri o registri di commercio si deve accertare sommariamente lo stato, sottoscrivere i fogli, e lineare gli intervalli dall'uffiziale che procede (art. 872, n. 10, procedura civile), salvo poi il fare nelle forme usate in commercio l'inventario particolare dello stabilimento industriale o commerciale che fosse nel patrimonio del minore, ed il dovere in seguito registrare nell'inventario generale il riepilogo di questo speciale, come è stabilito dall'articolo 284 cod. civile.

Non è richiesto per tutti i casi, ma può secondo le circostanze essere ordinato, che nell'inventario abbiasi a fare anche la stima dei beni mobili e la descrizione dello stato degl'immobili (art. 283, § 2, cod. civ.). Secondo la legislazione francese l'inventario doveva normalmente contenere la descrizione e la valutazione dei beni mobili a giusto prezzo; quanto agl'immobili, non era necessaria la stima e neppure la descrizione, e in pratica se ne faceva la semplice indicazione e la menzione dei titoli di proprietà. Erasi considerato che l'utilità dell'inventario riguardasse principalmente i beni mobili, per impedire le sottrazioni e le sostituzioni. Nel nostro codice non si volle stabilire come regola generale l'obbligo di fare nell'inventario la stima dei beni mobili, come non s'impose quello di descrivervi

lo stato degl'immobili, forse per evitare il dispendio, che nel più dei casi potrebbe divenire soverchiamente gravoso, per queste operazioni che sarebbe necessario affidare a persone perite; ma si reputò conveniente di lasciare alla prudenza delle autorità tutorie l'ordinare la stima degli uni, la descrizione dello stato degli altri, quando le circostanze lo consigliassero. E veramente può darsi che le condizioni del patrimonio del minore, la natura e l'entità dei beni che lo compongono, lo stato in cui siano e che lasci temere facili deteriorazioni, rendano opportuno, per riconoscere con fondamento le forze del patrimonio da amministrare, e per guarentigia del tutelato, il procedere a quelle operazioni.

Guardando al testo della disposizione di cui trattiamo, è facile rilevare come la parola *mobili* sia ivi usata in contrapposto agl'*immobili;* epperò non può esser dubbio, a senso del disposto nell'art. 422, che quella parola debba interpretarsi come comprensiva di tutto ciò che viene riputato mobile secondo la legge, in quanto si tratti di oggetti pei quali possa esser caso di farne una stima, senza tener conto di quelle limitazioni che sono recate dal detto articolo 422. Ciò che, del resto, è per sè manifestamente inevitabile; giacchè troppo strano sarebbe che, ordinandosi la stima, se ne eccettuassero, per esempio, le gemme, i libri, i quadri, le statue, i cavalli, gli equipaggi, ecc.

È del pare indubitabile, che a tenore del citato art. 283, § 2, le autorità tutorie hanno facoltà di ordinare a loro prudente criterio, o la stima dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili insieme, o separatamente l'una o l'altra soltanto di queste operazioni.

È pure chiaramente espresso che quelle autorità non solo possono determinare in genere che debbansi fare la stima e la descrizione predette, ma eziandio stabilirne qualche modo speciale; e dettare ai periti le norme che abbiano a seguire acciocchè il risultamento delle loro operazioni corrisponda a quei fini particolari pei quali esse

siano state nell'interesse del minore ordinate. Così nella descrizione dello stato degl'immobili, mentre per alcune parti potranno bastare dichiarazioni sommarie intorno a ciò che costituisce il soprasuolo de' fondi, i fabbricati, le cose immobilizzate per incorporazione, per altre invece, delle quali sia più temibile la dispersione o la deteriorazione, od interessi stabilirne il valore, si potrà richiederne una descrizione più particolareggiata, od anche la stima, come sarebbe per gli animali addetti alla coltura ed altri oggetti immobilizzati per sola destinazione.

Crediamo eziandio che le stesse autorità, le quali a norma di legge determinino doversi procedere alla stima dei mobili ed alla descrizione dello stato degl'immobili, possano anche nominare i periti, a cui commettere tali operazioni. Ci sembra che una tale facoltà si trovi abbastanza compresa nei termini stessi della legge, laddove dice che il pretore o il consiglio di famiglia potranno determinare anche *il come* si debba procedere alla stima e alla descrizione dello stato dei beni; e ne ricaviamo la conferma da un argomento di analogia col disposto del precedente art. 282, che attribuisce al consiglio di famiglia il potere di nominare il notaio col mezzo del quale debba farsi l'inventario.

Può parere un'anomalia che nel secondo paragrafo dell'articolo 283, con una formola, del resto, che trovasi riprodotta anche in altre disposizioni degli art. 282, § 2 e 284, § 1, siansi concedute contemporaneamente le medesime facoltà tanto al consiglio di famiglia quanto al pretore che ne è presidente, di guisa che sul medesimo oggetto sia possibile che emanino da due autorità distinte disposizioni disparate e forse contraddittorie, e possa derivarne un conflitto (1). Si può rispondere però, che appunto per essere deferita questa attribuzione a due autorità, delle quali una non è estranea all'altra, ma ne fa parte e

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 283, vol. I, § 608, pag. 969.

n'è a capo, ciò stesso allontana i temuti pericoli di collisione; che in ogni caso, una volta dato il provvedimento da autorità competente, sia poi il pretore o il consiglio di famiglia, essendo quello legittimamente esaurito, le disposizioni che emanassero dopo in senso contrario o diverso dall'altra autorità non potrebbero più avere alcun effetto e dovrebbero riguardarsi come non avvenute; che in fine la taccia di anomalia scompare se si consideri che forse il legislatore ebbe in vista due ipotesi distinte, e mentre deferì quest'attribuzione al consiglio di famiglia, siccome autorità da cui dipende d'ordinario l'alta direzione di tutto il regime tutelare, avuto riguardo però ai possibili casi di urgenza, nei quali per l'interesse del minore convenisse di prendere più pronte determinazioni, volle lasciare alla prudenza del magistrato tutelare di poter dare questi provvedimenti, che d'altronde, ben lungi dal compromettere la fortuna del minore, tendono solamente a meglio guarentirla, anche senza il bisogno di convocare il consiglio di famiglia e provocarne le deliberazioni (1).

176. Possono esservi nel patrimonio del minore beni speciali, che per la natura loro non avrebber potuto confondersi nella formazione dell'inventario cogli altri, senza incontrare il pericolo che l'applicazione delle sole norme comuni fosse tutt'altro che appropriata a dare i risultamenti opportuni per guarentigia degl'interessi del minore. Sotto questa riflessione fu scritta nel nostro codice la disposizione dell'art. 284, in cui prevedendosi il caso che nel patrimonio del minore vi siano stabilimenti industriali o commerciali, s'impone per essi la formazione d'inventari speciali; dei quali poi i soli risultamenti finali debbono apparire in riepilogo come parti integranti dell'inventario generale, in cui tale riepilogo dev'essere registrato.

Senza entrare per ora nell'argomento delle forme estrin-

(1) V. Ricci, vol. I, n. 433, pag. 559, 560.

seche da osservarsi in questi inventari, a confronto di quelle che sono stabilite per l'inventario generale, argomento che riserbiamo ad ulteriore trattazione, basterà accennare che le norme comuni non sono da reputarsi abbandonate, ma anzi debbono sempre applicarsi in quanto non vi sia derogato colle disposizioni espresse del citato articolo, e col riferimento ch'esso fa alle *forme usate in commercio*. Per ciò che riguarda le persone, coll'intervento delle quali debbano farsi questi inventari, è indubitabile che chi deve farvi procedere è sempre *il tutore;* e lo stesso art. 284 dichiara esplicitamente esservi pure indispensabile, come nell'inventario generale, *l'intervento del protutore*, intorno a che abbiamo soltanto da riferirci alle cose esposte precedentemente, ma soggiunge poi che v'interverranno ancora *quelle altre persone che il pretore o il consiglio di famiglia credesse opportuno di delegare*. Della quale disposizione si comprendono facilmente i motivi. La specialità della materia richiede cognizioni particolari, a cui possono essere estranei sì il tutore che il protutore; e se alla direzione delle operazioni necessarie a farsi non fossero chiamate a collaborare altre persone idonee, si correrebbe pericolo che non solo non fossero seguite le forme usate in commercio, come vuole la legge, ma le desiderate guarentigie degl'interessi del minore fossero compromesse. In questa condizione di cose fu savio consiglio il deferire alla prudenza dell'autorità tutoria il chiamare, o no, altre persone a prender parte nella compilazione dell'inventario, secondochè le circostanze ne inducano l'opportunità. Qui pure la legge conferì identico potere al pretore ed al consiglio di famiglia; intorno a che ricorrono le medesime osservazioni che già abbiam fatte nel numero precedente.

I delegati dal pretore o dal consiglio non prestano semplice assistenza all'inventario come testimoni, ma vi prendono parte come il protutore, colle medesime facoltà che abbiamo riconosciuto spettare a lui nell'interesse del minore, per la cui guarentigia tale intervento è richiesto.

177. Nel tempo stesso della compilazione dell'inventario, prima che il tutore incominci ad esercitare l'amministrazione, la legge ha voluto provvedere alla conservazione di quella parte delle sostanze del minore, che più facilmente potrebb'essere soggetta a sottrazioni ed a dispersione; il che è coerente al concetto, adottato come norma fondamentale dagli autori del codice, di diminuire quanto sia possibile pel tutore le occasioni di rimanere in debito, anche per non rendere necessario l'imporre un vincolo eccessivo sui beni di lui a guarentigia del minore; ed è poi tanto più opportuno quando appunto non essendo il tutore entrato nel pieno esercizio dell'ufficio suo, non ha ancora prestata la cauzione. Perciò, quando fra i beni del minore vi siano valori in numerario o in carte al portatore, od oggetti preziosi, l'art. 287 del codice Italiano ha riserbato al consiglio di famiglia di determinare l'impiego o la conversione che sia da farne, ed ha stabilito che frattanto debbano quei valori essere depositati nella cassa dei depositi giudiziari, od in quella che sarà designata dal pretore.

178. Nonostante la regola che nell'inventario debbano essere indicati i crediti e i debiti del minore, ciò in generale non può alterar punto, com'è evidente, i rapporti tra lui ed i debitori o creditori, quand'anche i crediti o i debiti non siano riferiti nell'inventario.

A questa massima è fatta però eccezione in ordine ai crediti, ai debiti od alle ragioni, quali che siano, del tutore verso il minore.

Si vollero prevenire le frodi, che il tutore avrebbe potuto commettere a danno del tutelato. Se tra le carte da inventariarsi, e delle quali il tutore diviene depositario, non esistesse o non fosse scoperto all'atto dell'inventario il documento provante un diritto od una liberazione a favore dell'autore del minorenne, diverrebbe facile al tutore stesso il dissimulare ed anche sopprimere quel titolo, e tenersi

sciolto dalla obbligazione propria, o reclamare il credito o il diritto estinto. Per ovviare appunto tali frodi, si prescrisse che prima d'incominciare le operazioni relative all'inventario, debbasi interpellare il tutore se abbia debito, credito od altre ragioni verso il minore, e il tutore sia tenuto a rispondere, sotto gravi pene nel caso in cui conoscendo il suo credito, il suo debito, o le sue ragioni verso il minore, non ne abbia fatta leale dichiarazione (art. 285, 286 cod. civile). Disposizioni simili erano già nelle legislazioni anteriori (articolo 451 codice Francese; 374 codice Due Sicilie; 233, 234, 235 codice Parmense; 317, 318, 319 codice Albertino; 264, 265, 266 codice Estense); ma nel codice Italiano vi furono arrecate importanti modificazioni, principalmente quanto all'oggetto delle dichiarazioni da farsi dal tutore. Il codice Francese e quello delle Due Sicilie limitavano l'obbligo di lui a dover dichiarare *se gli fosse dovuta qualche cosa dal minore;* non altro quindi erasi avuto in vista fuori delle ragioni di credito personale del tutore; e trattandosi d'una legge di stretta interpretazione, anche perchè recante gravi sanzioni penali, non poteva certo esser lecito l'estenderla oltre i suoi termini rigorosi. Gli altri codici citati, riportandosi ai principii delle leggi romane, che esigevano da chi era chiamato alla tutela la manifestazione non solo dei crediti, ma ancora dei debiti che potesse avere verso il pupillo (L. 8, Cod. *qui dare tutores etc.*, Nov. 22, cap. IV), vollero che il tutore dichiarasse *se avesse debito, o credito, o pretensione contro il patrimonio da amministrarsi.* Il codice Italiano parlò di *debito, credito od altre ragioni verso il minore* (d.° art. 285). E veramente i motivi della legge, i pericoli di frode da parte del tutore, possono sussistere ugualmente quand'anche si tratti non di credito, ma di debito, o d'altre ragioni di lui, che non siano puramente personali di credito o debito: chè se nel primo e nel terzo caso è temibile la dissimulazione o la soppressione della quitanza od altro documento, che provasse la liberazione

del minore, nel secondo può temersi altrettanto che si faccia scomparire il titolo da cui risulti il credito del minore stesso.

La generalità della disposizione, che comprende *tutte le ragioni del tutore verso il minore*, ci sembra manifestamente estesa anche ai *diritti reali*, che potessero competere al tutore sui beni del tutelato. In questo senso esprimevansi infatti i codici anteriori col parlare di *pretensioni contro il patrimonio* da amministrarsi; e se nel codice Italiano fu mutata la formola, che forse parve meno propria, perchè colla parola *pretensioni* sembrasse limitarsi l'obbligo della dichiarazione alle sole ragioni non risultanti da titolo, o che almeno fossero controverse, non crediamo però potersene argomentare che tale obbligo abbia a restringersi alle sole ragioni personali, tanto più che queste sono già comprese tutte nella indicazione generica di debito o credito, e l'aggiungersi l'accenno parimente generico di *altre ragioni verso il minore* assume anzi, perciò, più naturalmente il significato di ragioni dipendenti da diritti reali; per le quali d'altronde vi è pure la stessa ragione della legge, potendo ugualmente avvenire che un diritto appartenuto già al tutore, sovra beni facienti parte del patrimonio del minore, sia rimasto estinto per causa risultante da un documento che, non trovato o non avvertito tra le carte descritte in inventario, lasci agio al tutore di dissimularlo od anche sopprimerlo, e fare con ciò rivivere un diritto che più non esisteva in suo favore.

Più grave può essere il dubbio, se l'obbligo della dichiarazione si estenda anche alle ragioni di diritti reali attivi pel minore, passivi pel tutore. Anche qui veramente i motivi della legge sono identici, se non più gravi. Il tutore potrebbe approfittare della circostanza che un documento di scrittura privata, da cui risultasse un diritto reale spettante al minore, non fosse inventariato, per fare scomparire quel documento e liberarsi così da un carico che ineriva legalmente ai suoi beni. E nel testo dell'art. 285,

se le parole: *altre ragioni verso il minore*, sarebbero più propriamente riferibili a ragioni attive del tutore; sono però tali da poter comprendere in un largo senso anche quelle che siano passive a lui. Ma all'argomento deducibile in contrario dal più naturale significato delle espressioni della legge, si aggiunge quello che deriva dalla origine della disposizione, poichè i codici anteriori parlando di *pretensioni del tutore contro il patrimonio da amministrarsi* non potevano certamente riferirsi ad altro che a ragioni attive pel tutore stesso. Vi si aggiunge ancora che nel successivo articolo 286, in cui si contengono le sanzioni dell'obbligo imposto al tutore, nel primo paragrafo, gli si minaccia bensì la *decadenza da ogni suo diritto*, se conoscendo *il suo credito o le sue ragioni*, espressamente interpellato, non ne abbia fatto dichiarazione; ma nel secondo paragrafo la rimozione dalla tutela non è minacciata, se non al tutore che sapendo di essere *debitore* non abbia dichiarato *il suo debito*, nè si parla più di *altre ragioni* fuor di quelle personali di debito; dal che si confermerebbe dunque che anche nel precedente art. 285, evidentemente e imprescindibilmente collegato a questo, sotto la indicazione di *altre ragioni verso il minore*, differenti da quelle di debito o di credito personale, non avessero potuto intendersi che *ragioni attive* pel tutore. Per verità non manca d'essere riflessibile la circostanza, che la sanzione stabilita contro il tutore dal secondo paragrafo dell'art. 286 consiste unicamente nella rimozione dalla tutela; e questa sarebbe irrogabile, anche in virtù della sola disposizione generale dell'art. 269, n. 3, contro il tutore, che avendo fraudolentemente dissimulato un carico inerente ai suoi beni a profitto dell'amministrato si fosse reso colpevole d'infedeltà. Ma altro è l'applicabilità di questa disposizione, che richiederebbe la prova positiva della infedeltà, e quindi della frode che il tutore avesse commessa con proposito deliberato; ed altro il ritenere applicabile l'articolo 286, secondo il quale presumendosi la frode, o a dire più

esattamente, volendo prevenire il probabile verificarsi di essa, si è fatto luogo alla rimozione del tutore per la sola ommissione di dichiarare il debito ch'egli sapesse di avere verso il minore, indipendentemente da una positiva prova di frode e d'infedeltà, ciò che non si è detto della ommissione di dichiarare un onere che esistesse sui beni del tutore a vantaggio del minore. Per queste considerazioni, e perchè poi quella dell'articolo 285 è una disposizione di rigore, da non potersi estendere oltre ai suoi termini strettamente interpretati, propenderemmo a ritenere che l'obbligo del tutore, secondo l'art. 285, si limitasse a dover dichiarare ogni debito o credito ch'egli avesse verso il minore, ed anche ogni altra ragione, sebbene reale, qualora però questa fosse attiva pel tutore.

Pel resto non vedesi fatta nel testo, nè quindi parrebbe ammissibile distinzione alcuna tra i casi che il debito o il credito, o le altre ragioni del tutore verso il minore risultino da atto autentico (1) o da scrittura privata, od anche non constino da alcun documento, quando questo non fosse richiesto a pena di nullità; nè tra i casi che il debito o il credito sia liquido ed esigibile, o no; tanto più che in nessuna di queste ipotesi cesserebbero totalmente i motivi della legge. Di ciò non vi può esser dubbio pei crediti od altre ragioni attive del tutore. Il pericolo, che si è voluto evitare, consistendo allora nella temibile soppressione d'un documento, da cui constasse la estinzione del credito o della ragione del tutore, è troppo chiaro che tale pericolo rimane lo stesso, sia poi che il titolo originario, costitutivo del diritto del tutore, fosse per atto autentico o per scrittura privata, sia ancora che dipendesse da semplice convenzione verbale; poichè per un debito od un onere risultante da un documento autentico, o non risultante da alcuno scritto, potrebb'essersi stipulato dall'autore del minore un atto di liberazione per scrittura privata. Trat-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 561.

tandosi invece di *debiti del tutore* verso il minore, non potrebbesi disconoscere una importante differenza. Il pericolo da evitarsi consiste allora nella possibile soppressione del documento comprovante il credito dell'amministrato; e quando questo sia un atto autentico, supposto pure che venisse soppressa la copia, che se ne trovasse tra le carte del minore, il documento rimarrebbe nell'originale, depositato presso l'ufficiale pubblico. Tuttavia anche la soppressione di quella copia potendo render più facile il mantenere l'amministrato nella ignoranza del suo credito, e l'ottenere così che il tutore non sia costretto a soddisfarvi, v'è in ciò un motivo sufficiente per giustificare la legge; la quale d'altronde, poichè dichiara tenuto il tutore a denunciare il debito ch'egli abbia verso il tutelato, senza distinguere se il titolo costitutivo sia per atto autentico, piuttostochè per scrittura privata, dovrebbe sempre, e indipendentemente dai motivi su cui potesse rettamente fondarsi, essere applicata qual'è in tutta la generalità sua. Per ragioni consimili reputiamo parimente applicabili le disposizioni degli articoli 285, § 1, e 286, § 2, quando anche il debito del tutore verso il minore risultasse da semplice convenzione verbale nei casi permessi dalla legge. Vero è che in tale ipotesi manca il principale ordinario motivo di quelle disposizioni, non potendosi pensare alla soppressione d'un documento che non vi è; ma se il legislatore volle obbligare il tutore a denunciare il suo debito verso il minore, senza eccettuare il caso che quel debito risultasse da convenzione verbale, affinchè non gli giovasse, per sottrarsi al dovuto pagamento, l'ufficio stesso d'amministratore prima, e finito quello, il lungo tempo trascorso, che impedirebbe forse all'amministrato uscito di tutela di conoscere il debito antico del suo tutore, o di poterlo provare, non vi è certo a ridir nulla, nè in ogni caso a limitare la generalità della legge.

Solamente quando si trattasse di tale diritto, che in virtù del disposto dall'articolo 1314 cod. civile dovesse, a

pena di nullità, risultare da atto pubblico o da scrittura privata, e il documento non esistesse, non potrebbe, com'è evidente, esser tenuto il tutore alla dichiarazione relativa, nè incorrere per averla ommessa in alcuna sanzione di legge, poichè quel diritto giuridicamente non esisterebbe.

Quanto poi alla illiquidità del debito o credito del tutore verso il minore, è indubitabile ch'essa non varrebbe a dispensare il tutore stesso dalla dichiarazione che l'articolo 285 gl'impone in termini generali ed assoluti, senza ammettere alcuna distinzione, senz'accennare menomamente al requisito che il debito o il credito del tutore fosse liquido ed esigibile. D'altro lato è chiarissimo che i motivi della legge si verificano in tutta la loro forza anche in questo caso; poichè se quel debito o quel credito non fosse registrato in inventario, il tutore avrebbe ugualmente dall'ufficio suo facilitati i mezzi per poter sopprimere il documento da cui risultasse il credito del minore, o la estinzione di quello del tutore stesso (1).

La illiquidità del credito può solo modificare la dichiarazione, a cui il tutore è tenuto, quanto alle indicazioni che abbiano a reputarsi farne parte integrante e necessaria.

In generale, egli non soddisferebbe abbastanza al voto della legge con una semplice dichiarazione generica di essere creditore o debitore del minorenne, o d'avere altre ragioni verso di lui, giacchè con ciò non sarebbero evitati, o lo sarebbero in parte soltanto, i pericoli di frode temuti. Il tutore potrebbe infatti, nonostante questa sua dichiarazione, avendo più debiti verso il minore, sopprimere il documento d'uno di essi, o tra più crediti o più diritti suoi, qualcuno dei quali fosse per causa anteriore rimasto estinto, sopprimere il titolo che provasse l'estinzione; o avendo un solo credito, sopprimere le quitanze che provassero pagamenti parziali. È nello spirito della legge che

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 11; Laurent, t. V, n. 13, pag. 19, 20.

la dichiarazione del tutore debba servire alla formazione dell'inventario, come vi servirebbe il titolo stesso del debito, del credito o della ragione denunciata, e supplirvi pel caso che quel documento non sia trovato tra le carte del minore. Bisogna dunque che il tutore indichi la natura del diritto, la causa di esso o dell'obbligazione dichiarata, e la somma del debito o del credito (1). Ma quando il debito o il credito sia illiquido, sarebbe assurdo l'esigerne dal tutore un'indicazione precisa, la quale per forza delle cose sarebbe assolutamente impossibile; e neppure ci sembra esatto il concetto, manifestato da qualche autore, che per ottemperare alla legge sia in tal caso il tutore tenuto almeno ad una valutazione approssimativa, della quale possono mancargli i dati per farla con qualche fondamento. Crediamo che basterà allora accennare la illiquidità del debito o del credito, riferendosi alla determinazione che dovrà in seguito esserne fatta (2).

I debiti, i crediti, o le ragioni che il tutore è tenuto a dichiarare in obbedienza all'art. 285, e sotto le pene stabilite dal successivo 286, sono solamente quelli che per cause, quali che siano, preesistenti, e derivanti sia da convenzione o fatto suo, sia da convenzioni, disposizioni o fatti dei suoi autori, esistano già al tempo dell'apertura della tutela. Quelli che si fossero verificati dopo, in dipendenza della tutela stessa, ad es., per spese che il tutore avesse sostenute pel minore nell'intervallo tra l'apertura della tutela e la confezione dell'inventario, o in virtù di successioni posteriormente aperte, e devolute al tutore o al minore, evidentemente non cadrebbero nell'applicazione dei citati articoli (3).

L'obbligo imposto al tutore di dichiarare il debito, il credito o le altre ragioni che abbia verso il minore, è correlativo all'interpellazione che in proposito dev'essergli

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 564; Laurent, loc. cit.
(2) Confr. Demolombe, Laurent, loc. cit.
(3) V. Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 12.

fatta prima che incomincino le operazioni dell'inventario; relazione questa tanto stretta e necessaria, che se il tutore non fosse stato così interpellato, non potrebbe esistere a suo carico l'obbligazione giuridica della dichiarazione, nè andrebb'egli soggetto alle penalità stabilite dall'art. 286.

In questo principio era concorde la dottrina e la giurisprudenza francese (1); e il codice Italiano lo ha consacrato esplicitamente nella disposizione dell'art. 286, col dire che il tutore incorrerà nelle penalità ivi stabilite solamente quando conoscendo il suo debito, il suo credito e le sue ragioni, ed *espressamente interpellato*, non ne abbia fatta dichiarazione. Il buon fondamento di questa massima è infatti facilmente dimostrabile. L'imporre per legge al tutore di dichiarare, anche senza esserne interpellato, i debiti, i crediti o le altre ragioni ch'egli avesse verso il minore, ed assoggettarlo in caso d'inadempimento a pene così gravi, qual'è principalmente la perdita del credito che gli appartenga, e la decadenza d'ogni altro suo diritto non denunciato, sarebbe un eccessivo rigore. L'ignoranza della disposizione di legge, che imponesse quella obbligazione, potrebb'essere spesso la sola vera causa di non avervi ottemperato; e se l'errore di diritto non può essere allegato a scusa in materia di disposizioni d'ordine pubblico per evitarne l'applicazione, sarebbe però troppo grave che potesse divenir causa di spogliare chi vi fosse incorso di ciò che gli appartiene, per farne lucrare altri. Ma quando il tutore, espressamente interpellato se abbia crediti od altre ragioni verso il minore, risponde contro verità, scientemente negando, non ha ragione di lagnarsi che tale sua dichiarazione sia assunta come una confessione d'inesistenza del credito o delle ragioni che più tardi venga a reclamare, e di questa confessione gli si facciano subire tutte le conseguenze giuridiche con un rigore giustificato anche dai

(1) V. Duranton, t. III, n. 539; Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. I, n. IV (a); Demolombe, t. VII, n. 558; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 14; Laurent, t. V, n. 12, pag. 19.

pericoli a cui senza di ciò potrebbero essere esposti gli interessi del minore; come negando contro verità scientemente l'esistenza di un suo debito verso il minore, non ha ragione di lagnarsi che tale suo contegno sia considerato come fraudolento, e dia perciò luogo alla remozione dalla tutela.

Fatte queste avvertenze, importa ora di stabilire da chi, secondo la legge, debba essere fatta l'interpellazione, ed a chi rigorosamente incomba l'obbligo della dichiarazione e siano applicabili le penalità relative.

Al primo dei proposti quesiti risponde l'art. 285 con una distinzione. Nei casi ordinari, in cui l'inventario si fa per mezzo d'un notaio, è questo funzionario che prima di incominciare le commessegli operazioni deve interpellare il tutore se abbia debito, o credito od altre ragioni verso il minore. Se poi l'inventario si faccia eccezionalmente, nel caso contemplato dall'art. 282, § 2, senza il ministero di notaio, l'interpellazione predetta deve esser fatta dal pretore. Anche in tal caso, però, l'interpellazione dev'essere fatta *prima che incomincino le operazioni relative all'inventario*. Sembra chiaro in tal senso il testo medesimo della legge, poichè l'ultimo paragrafo dell'art. 285, eccetto la diversità dell'ufficiale che deve interrogare il tutore, si riferisce in tutto il resto alla disposizione del precedente paragrafo primo. D'altra parte, se l'interpellazione fosse fatta soltanto dopo compiute le operazioni dell'inventario ed all'atto del deposito di esso, non otterrebbesi più lo scopo voluto dalla legge, poichè il tutore sapendo non essersi inventariati i documenti relativi al debito, al credito od alle ragioni sue, darebbe una risposta conforme al proposito, che avesse formato, di commettere le frodi dalla legge temute.

In ordine al secondo punto, trattandosi di una disposizione di rigore non estensibile oltre ai limiti in cui è espressa, non può dubitarsi che l'obbligo della dichiarazione incomba al solo tutore. Il protutore pertanto, quali

che fossero le ragioni di debito, credito od altre che potesse avere verso il minore, non dovrebb'esserne interpellato dal notaio, nè sarebbe tenuto a farne la dichiarazione; e invero le ragioni della legge non sarebbero neppure verificabili rispetto a lui, che non avendo il possesso dei beni del minore, non ne avrebbe occasione a quelle frodi che si vollero evitare (1). Ma tra i tutori non è a farsi veruna distinzione, sì a fronte della generalità del testo, che dei motivi della disposizione, tra il tutore testamentario o dativo e il tutore legittimo.

Tanto della interpellazione fatta dal notaio o dal pretore, quanto della risposta data dal tutore, deve constare in modo autentico; ciò che era da considerarsi come essenziale a garanzia del tutore stesso, affinchè non fosse egli esposto a subir pene così gravi, come quelle che gli sono minacciate dall'art. 286, sul fondamento di prove attinte dai mezzi ordinari, che potrebbero talora riuscire fallaci, ma la decadenza dai suoi diritti verso il minore, o la remozione dalla tutela, gli fosse inflitta soltanto allora quando del suo mendacio, inducente la presunzione legale di frode, constasse da un atto a cui è attribuita la fede pubblica, e che non può essere impugnato, se non col mezzo dell'iscrizione in falso. Perciò quando l'inventario si faccia, secondo la regola ordinaria, col mezzo di notaio, spetta a questo ufficiale l'obbligo di *far menzione nell'inventario stesso della fatta interpellazione e della data risposta*; quando poi si proceda eccezionalmente in forma privata, secondo il disposto dall'art. 282, § 2, incombe al pretore di far constare delle interrogazioni ch'egli avrà fatte al tutore e delle risposte di lui dal processo verbale di deposito dell'inventario (art. 285, §§ 2 e 3, cod. civ.).

Se dunque dall'atto dell'inventario, o dal processo verbale di deposito, secondo i casi, non risulti che il tutore sia stato espressamente interpellato dal notaio o dal pre-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 566; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 10.

tore, se abbia debito, credito od altre ragioni verso il minore, e che nelle sue risposte il tutore abbia ommesso di dichiarare nei debiti modi il credito o la ragione che più tardi invochi, o il debito che stia a suo carico, non potrà farsi luogo a ritenere decaduto il tutore medesimo dai suoi diritti di credito o altri verso il tutelato, nè a pronunciare la remozione di lui per ommessa denuncia del debito suo; salva soltanto la responsabilità che incomberà al funzionario, dal quale non consti essere stata fatta la interpellanza di cui la legge gli faceva obbligo.

Pel caso che, subentrando un tutore ad un altro in una tutela già in corso, non si faccia luogo alla compilazione dell'inventario, è opinione di qualche autore che la dichiarazione delle ragioni, che il nuovo tutore avesse verso il minorenne, debba ugualmente farsi dal nuovo tutore stesso in occasione del conto ch'egli deve ricevere dal tutore cessante o da chi lo rappresenti; e il muovere l'interpellanza relativa spetterebbe allora, secondo l'avviso di questo giureconsulto, al protutore (1). Si osserva in questo senso, che il pericolo previsto dalla legge, l'abuso, cioè, che un tutore possa fare dei documenti esistenti tra le carte dell'amministrato, per esigere nuovamente crediti già estinti, sia temibile in questo caso non meno degli altri; che quindi lo spirito della legge richieda le medesime precauzioni; che conseguentemente il nuovo tutore, quando gli vien reso il conto della precedente amministrazione, debba ugualmente, sotto pena di decadenza, far conoscere i crediti ch'egli possa avere, e ciò in seguito alla richiesta, che gliene debba esser fatta dal surrogato tutore.

Questa opinione però fu respinta da altri, e giustamente, per quanto ne pare a noi; perchè con essa si estenderebbero mediante l'interpretazione i termini d'una legge, la quale essendo di rigore dev'essere strettamente applicata, e perchè d'altronde i motivi della legge stessa, i pericoli

(1) V. Marcadé, art. 451, § 2, t. II, n. 249.

di frode, sono minori d'assai quando si tratti d'una tutela già in corso, al principio della quale fu già compilato l'inventario, e nella quale il tutore cessante può somministrare le opportune notizie intorno alle ragioni di debito o credito del nuovo tutore verso l'amministrato (1).

La dichiarazione, che il tutore faccia nell'inventario, di un proprio debito verso il minore ha la forza e gli effetti d'una confessione fatta alla parte, e forma quindi una piena prova (art. 1358, cod. civ.); giacchè effettivamente è da considerarsi come fatta alla parte, cioè al minore, questa dichiarazione, essendo il minore stesso rappresentato nell'inventario dal protutore, stante l'opposizione d'interessi che si verifica rispetto al tutore (articoli 266, 282, cod. civ.). All'opposto la dichiarazione, che il tutore faccia nell'inventario, d'un proprio credito o d'altra ragione verso il minore non può avere in favore del dichiarante l'efficacia di un titolo, che lo dispensi dal somministrare la prova del credito da lui allegato (art. 1315, 1317, cod. civ.), e nemmeno potrebbe avere gli effetti d'un principio di prova per iscritto (art. 1347 cod. civ.); niuno potendo essere ammesso a costituirsi da sè solo il titolo d'un suo preteso diritto (2).

Ma quando si tratti di credito liquido, la dichiarazione, che il tutore deve fare, dell'ammontare di esso vincola il dichiarante nel senso ch'egli non possa più reclamare al di là di quanto abbia dichiarato (3); poichè per la parte di credito non denunciata diviene naturalmente applicabile la sanzione di decadenza dal suo diritto, che la legge pronuncia contro il tutore per dichiarazione scientemente ommessa.

179. L'art. 286 del codice Italiano reca sanzioni speciali a carico del tutore, che espressamente interpellato

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 567.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 565.
(3) V. Laurent, t. V, n. 13.

abbia ommesso di dichiarare i debiti, i crediti o le altre ragioni ch'egli abbia verso il minore: ma nulla è detto in riguardo al notaio od al pretore, che non abbia adempito agli obblighi impostigli d'interrogare in proposito il tutore prima che incominciassero le operazioni relative all'inventario, e di far menzione dell'interpellazione e della data risposta nello stesso atto d'inventario o in quello di deposito.

Perciò questi obblighi rimangono senz'alcuna altra sanzione fuorchè la comune, di dover risarcire il danno che possa essere derivato dal loro inadempimento. Non ci sembra esatto il concetto di qualche autore, che fonderebbe il diritto di risarcimento, spettante al minore, in un quasi-delitto dell'ufficiale pubblico; sul principio, cioè, che ognuno è responsabile del danno che abbia cagionato, non solamente per un fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza (1). Crediamo indubitabile che trattandosi qui di obbligazioni derivanti a carico del notaio o del pretore da disposizioni di legge, l'averle lasciate ineseguite debba trarre con sè il risarcimento dei danni, in virtù del principio generale stabilito nell'articolo 1218, codice civile.

Nonostante la certezza e chiarezza del principio, non si può dissimulare una qualche difficoltà per applicarlo. Perchè si faccia luogo a reclamare un risarcimento, bisogna prima di tutto supporre, e devesi all'uopo provare, che vi sia un danno, di cui sia causa diretta l'ommissione imputabile all'ufficiale pubblico. Or come e quando potrà dirsi verificato questo danno? Uno scrittore nostro lo ha creduto impossibile, e ne ha dedotto che, poichè la legge non ha colpita la mancanza dell'ufficiale pubblico con una pena pecuniaria, come si suole in tali casi, non possa egli incorrere in altra responsabilità materiale (2).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 558.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 286, vol. I, § 609, pag. 971.

Ciò è provenuto, se male non ci apponiamo, dall'avere questo egregio scrittore presa come punto di partenza la ipotesi che si trattasse d'un *credito realmente esistente del tutore;* posta la qual cosa, è troppo naturale che se questi abbia esatto il pagamento di ciò che gli era dovuto, non possa reputarsene derivato al minore un danno risarcibile. Ma bisogna supporre invece che il credito del tutore fosse già estinto prima dell'apertura della tutela, e che avendo il notaio procedente all'inventario, o il pretore, ommesso d'interrogare in proposito il tutore, questi abbia commessa la frode prevista dalla legge, abbia cioè dissimulato od anche soppresso la quitanza od altro documento provante l'estinzione del suo credito, e se ne sia procurato il pagamento sul patrimonio del minore; e allora il danno diviene evidente, perciocchè se l'ufficiale pubblico avesse interpellato, come gli era imposto dalla legge, il tutore, questi avrebbe dovuto dichiarare di non avere verso il minore il credito rimasto precedentemente estinto, sapendo potersene trovare il documento tra le carte del minore, e la frode che fu poi consumata sarebbe quindi divenuta impossibile (1). Similmente è a dirsi quanto ad *altre ragioni*, che avessero potuto spettare al tutore verso il minore. Che se poi si tratti invece d'un debito del tutore, si può supporre parimente che non essendo egli stato invitato a dichiararlo, nè il relativo documento essendo stato descritto in inventario, ne abbia approfittato per sopprimere il documento provante il suo debito, e non pagar questo, nè farlo figurare nel rendiconto finale; dal che tutto non è meno evidente poter essere derivati al minore danni risarcibili.

Ma la difficoltà vera non consiste in ciò. Vi è stato chi insegnava " che se il notaio avesse ommesso di fare l'in-" terpellazione, siccome egli, e non il tutore, troverebbesi " allora in contravvenzione alla legge, così sarebbe contro

(1) V. Ricci, vol. I, n. 432, pag. 558, 559.

" di lui che *il minore avrebbe azione per costringerlo a pren-* " *dere a proprio carico quelli, tra i crediti, sulla sincerità* " *dei quali si elevassero dubbi* (1) ".

Secondo un'altra opinione, il minore non avrebbe diritto di ottenere la condanna del notaio al risarcimento di danni, se non quando il minore stesso " riuscisse a provare che " la negligenza del notaio gli avesse arrecato danno, *perchè* " *il tutore, attualmente insolvibile, si fosse fatto pagare un* " *credito già estinto prima dell'apertura della tutela* (2) ".

È evidente la differenza grandissima tra queste due teorie. La prima ammetterebbe il minore a fondarsi sovra semplici dubbi, che potessero sollevarsi contro i crediti del tutore, per esimersi dal pagamento, e caricarne il notaio, che all'atto dell'inventario avesse ommesso d'interpellare in proposito il tutore, costringendo il notaio stesso a rilevarlo da ogni azione del tutore, del quale così il notaio verrebbe ad essere considerato quasi come debitore personale e diretto; e come tale dovrebbesi conseguentemente riguardarlo eziandio rispetto al minore, quando per lui si trattasse di ripetere quello che il tutore avesse indebitamente esatto sul suo patrimonio. L'altra invece non si appagherebbe di semplici dubbi sulla sincerità dei crediti reclamati dal tutore, ma esigerebbe la prova positiva che egli avesse commessa la frode prevista dalla legge, che, cioè, nonostante l'estinzione del suo credito, avvenuta già prima dell'apertura della tutela, se lo fosse fatto pagare, e che poi si trovasse attualmente insolvibile per rispondere alla ripetizione dell'indebito pagamento. Così la responsabilità del notaio gli lascierebbe tuttavia una condizione migliore di quella di un fideiussore; il quale, sebbene tenuto solo in mancanza del debitore principale, deve però, se vuol costringere il creditore ad escutere prima il debitore stesso, farne istanza espressa nei primi atti della

(1) V. Marcadé, art. 451, § 2, t. II, n. 249.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. I, pag. 359, n.ª (a); Demolombe, t. VII, n. 558; Laurent, t. V, n. 12, pag. 19.

causa che sia promossa contro di lui (articoli 1907, 1908, cod. civ.); mentre qui il notaio sarebbe assolutamente immune da responsabilità finchè non fosse provata, non solo la frode commessa dal tutore, ma anche l'insolvibilità attuale di costui per la restituzione di quanto egli avesse indebitamente riscosso. Tra le due, non esiteremmo a seguire piuttosto quest'ultima opinione, come più giuridica. Ma ci si consenta qualche osservazione. Che bastassero semplici dubbi sulla realtà dei crediti del tutore per esimerne il tutelato, riversarli sul notaio, e costituire quest'ultimo debitore diretto, sia verso il tutore pel pagamento dei crediti da lui reclamati, sia verso il tutelato per la restituzione di ciò che il tutore si fosse fatto indebitamente pagare sul patrimonio amministrato, ci parrebbe in troppo manifesta opposizione coi più certi principii di diritto. Per esimersi dal pagare un debito, risultante a proprio carico da un titolo che fa piena fede, non basta sollevare dubbi, bisogna somministrare prova certa e piena che il titolo sia nullo, o che il debito sia rimasto estinto per una delle cause ammesse dalla legge. Nè gioverebbe al tutelato l'allegare che si trattasse unicamente di sostituire a sè nell'adempimento dell'obbligazione un'altra persona, cioè il notaio responsabile per l'ommessa interpellazione. Questa era imposta come obbligo legale all'ufficiale pubblico, per ovviare le frodi possibili del tutore. La responsabilità dell'ufficiale stesso non può dunque trovare applicazione, se non quando la frode temuta siasi, in conseguenza della negligenza sua, verificata; allora, e non altrimenti, si potrà affermare che siasi avverato danno pel minore, e che ne sia stata causa l'ommissione imputabile all'ufficiale pubblico. Ciò dev'essere provato, non basta proporre ragioni di sospetto. Bisogna dunque dimostrare con prove positive e perfette, che il credito del tutore già più non esistesse fin dal tempo dell'aprimento della tutela, perchè una causa legittima anteriore ne avesse prodotta l'estinzione; bisogna provare che

nondimeno il tutore siasi fatto pagare di quel credito, che più non aveva, sul patrimonio dell'amministrato. Fin qui ci troviamo in pieno accordo colla seconda delle dottrine surriferite. Ma dobbiamo poi seguirla anche col ritenere necessaria la prova che *il tutore sia insolvibile* per rispondere della ripetizione dell'indebito? Confessiamo parerci che in questa parte si voglia fare al minore una posizione meno favorevole di quanto pei principii comuni di diritto gli debba spettare. Già abbiamo notato che la condizione del notaio, tenuto, in forza della responsabilità sua, a risarcire il minore del pagamento che gli si fosse fatto ingiustamente subire, renderebbesi, secondo questa opinione, migliore di quella di un fideiussore. Eppure ciò non può essere sicuramente conforme allo spirito della legge, la quale rendendo il notaio responsabile dei danni derivati dalla sua negligenza, gl'impone per certo un'obbligazione principale e non semplicemente fideiussoria. Forsechè potrà dirsi che l'insolvibilità del tutore sia un elemento necessario a costituire il danno, pel risarcimento del quale si faccia luogo ad agire contro il notaio? Ci sembra certo che no. Per ciò solo che sul patrimonio del minore fu riscosso a profitto del tutore un pagamento indebito, si è verificato un danno, la cui causa risale alla negligenza usata dal notaio col non fare al tutore quella interpellanza, che probabilmente, e secondo la presunzione della legge, avrebbe fatto evitare la frode commessa poi dal tutore. Il minore deve dunque avere un'azione immediata pel risarcimento di quel danno contro il notaio, salvo poi a questo il regresso contro il tutore, per costringerlo a restituire quanto abbia indebitamente riscosso, valendosi della surrogazione nelle ragioni del minore disinteressato (art. 1253, n. 3, cod. civ.).

Il tutore, che essendo creditore del minorenne od avendo altre ragioni quali che siano contro di lui, espressamente interpellatone dal notaio o dal pretore, secondo i casi, abbia ommesso di farne la dovuta dichiarazione, *decade da*

ogni suo diritto ; se abbia ommesso di dichiarare il proprio debito, può essere rimosso dalla tulela (art. 286 cod. civ.). Per quanto la prima di queste disposizioni possa apparire severissima, non è però ingiusta; essendovi ragione di ritenere che, se anche ha esistito in origine, sia ormai estinto un credito od un diritto qualunque, che il tutore non volle dichiarare, nonostante l'espressa interpellazione a lui fattane, sicchè può dirsi esservi una confessione sua della non esistenza di quel credito o diritto, confessione risultante da un atto solenne, quantunque estragiudiziale; e ad ogni modo è poi tutt'altro che immeritata una grave pena civile a carico del tutore, che abbia usato un contegno tanto sospetto. Pel caso poi di ommessa dichiarazione del proprio debito, il tutore non è sottoposto dal codice attuale ad altra pena fuorchè alla remozione della tutela. Qualcuna delle legislazioni anteriori stabiliva invece, che se il tutore, sapendo di esser debitore, non lo avesse dichiarato dovesse reputarsi per tale malgrado i pagamenti o compensi posteriori, che facesse apparire dal rendiconto finale, e perciò dovesse continuare il pagamento dei frutti, se il debito fosse fruttifero (art. 235 cod. Parmense; 266 cod. Estense). Ma una tale disposizione non essendo stata riprodotta nel codice Italiano, e d'altronde le pene e le derogazioni al diritto comune non potendosi mai estendere, sembra indubitabile che i pagamenti o compensi, che il tutore giustificasse nel suo rendiconto, varrebbero ad esonerarlo, dal giorno in cui fossero avvenuti, dalla decorrenza degl'interessi sul debito suo (1). Affinchè però la decadenza del tutore dai suoi diritti, o la remozione di lui dalla tutela possano essere applicate, è indispensabile il concorso di due requisiti, insegnati dalla ragione ed espressamente stabiliti nel citato articolo 286, che sono i seguenti:

1° Che il tutore sia stato espressamente interpellato dai funzionari a cui la legge ne impone l'obbligo;

(1) V. contro Buniva, vol. II, pag. 263.

2° Che al tempo di quella interpellazione e della data risposta negativa, il tutore abbia conosciuto il suo credito, le sue ragioni o il suo debito verso il minore, e perciò appunto non abbia potuto negarlo in buona fede.

Al che è da aggiungersi ancora la necessità, già sopra avvertita, che dell'interpellazione e della risposta predetta risulti da esplicita menzione fattane nell'atto d'inventario o in quello di deposito, secondo i casi (1).

180. L'inventario tutelare è atto che la legge volle solenne, come apparisce dall'essersi stabilito per regola generale che debba esser fatto per mezzo di notaio, e dall'essersi ammessa la forma privata solo in via d'eccezione, quando i beni non eccedano il valore di lire tremila, e purchè il pretore o il consiglio di famiglia, giudicandolo conveniente, ne abbiano fatto formale concessione (articolo 282 cod. civ.). Questa solennità dell'atto d'inventario si volle inoltre circondare di speciali guarentigie col prescrivere:

1° Che il notaio debba essere appositamente nominato dal consiglio di famiglia, se non lo abbia eletto il genitore la cui morte ha dato luogo all'aprimento della tutela;

2° Che i due testimoni, la cui assistenza è necessaria secondo le regole generali per gli atti ricevuti da notaio, debbano essere scelti fra i parenti o gli amici della famiglia;

3° Che fatto l'inventario, se ne debba eseguire il deposito presso la pretura in cui è la sede della tutela;

4° Che nell'atto di tale deposito il tutore e il protutore abbiano a dichiarare sotto il vincolo del giuramento la sincerità dell'inventario stesso (d.° art. 282).

L'inventario, che non fosse fatto nella forma solenne voluta dalla legge ma in forma privata, senzachè si verificassero le condizioni, che vedremo essere state prescritte

(1) V. sopra, n. 178, pag. 797, 798.

colla disposizione eccezionale dell'art. 282, § 2, dovrebbe indubbiamente riguardarsi come inesistente in diritto; sicchè non ne deriverebbe alcuno degli effetti, che ad un inventario fatto a norma di legge sono da essa annessi, e diverrebbero applicabili le sanzioni ordinate dalla legge a carico del tutore che ommetta di fare l'inventario nel termine o *nel modo stabilito* (art. 288 cod. civ.). E pensiamo che lo stesso debba pure ritenersi pel caso che nell'inventario, fatto per mezzo di notaio, sia rimasto inadempito qualcuno dei requisiti sovranotati, e risultanti dallo art. 282; poichè se il notaio, col ministero del quale siasi fatto procedere all'inventario, non sia stato eletto, come la legge vuole, dal genitore o dal consiglio di famiglia, gli manca la competenza a ricever quell'atto, che perciò è come se fosse stato fatto in forma privata; se i testimoni non sono stati scelti fra i parenti e gli amici della famiglia, essi mancano della qualità per assistere all'atto predetto e concorrere a dargli autenticità, ed è quindi come se testimoni non vi fossero stati; se la sincerità dell'inventario non è dichiarata con giuramento dal tutore e dal protutore nell'atto del deposito in pretura dell'inventario stesso, mancano guarentigie dalla legge prescritte come essenziali nell'interesse del minore per potere attribuire all'inventario piena fede.

È notevole però che non di tutti questi requisiti l'inadempimento potrebbe indistintamente dar luogo contro il tutore all'applicabilità delle sanzioni stabilite dall'art. 288, cod. civ.; ma di quelli soli la cui inosservanza fosse imputabile al tutore stesso. Così se questi potrebbe incorrere in tali sanzioni per aver fatto procedere all'inventario col mezzo di un notaio diverso da quello nominato dal genitore od eletto dal consiglio di famiglia, o per avere ommesso di curare il deposito dell'inventario in pretura, o per essersi rifiutato di giurare sulla sincerità di esso; non v'incorrerebbe però perchè il notaio competente avesse fatto l'inventario, trascurando di eleggere i testimoni, che

avessero ad assistervi, tra i parenti o gli amici della famiglia.

Del resto, i particolari requisiti sovra enunciati non tolgono l'applicabilità, anche all'inventario tutelare, delle norme dettate dal codice di procedura civile negli articoli 866 e seguenti, nè di quelle generalmente stabilite per gli atti notarili, in quanto alle une od alle altre non sia derogato colle speciali disposizioni del codice civile riguardanti appunto l'inventario tutelare. Ciò infatti è conforme alla espressa dichiarazione dell'articolo 874 proc. civile, ove è detto:

" Le disposizioni contenute in questo capo si applicano " *ad ogni inventario ordinato dalla legge, salvo le formalità* " *speciali stabilite dal codice civile per l'inventario dei beni* " *dei minori* " mentre nel precedente articolo 872, determinandosi quali cose debba contenere l'inventario, si è avuto cura di esprimere che ciò è *oltre le formalità stabilite per gli atti ricevuti da notaio*. Delle quali forme degli atti notarili, e degli inventari in genere, alcune sono essenziali, altre non possono riguardarsi come volute a pena di nullità, secondo norme a cui qui basta riferirci.

Intorno a ciascuna delle particolari disposizioni del citato articolo 282 cod. civ. sulla forma dell'inventario tutelare ci occorrono ancora alcune osservazioni.

Derogando alle normi comuni, secondo le quali chi voglia o debba procedere ad un atto pubblico può scegliere il notaio del cui ministero voglia giovarsi, il legislatore ha ordinato che l'inventario tutelare debba farsi per mezzo d'un notaio nominato dal genitore, o altrimenti dal consiglio di famiglia. È questa un'importante garanzia pel tutelato; poichè sarebbesi potuto sospettare di fini meno retti nella scelta che venisse fatta dal tutore, il quale è personalmente interessato in quest'atto, mediante cui si stabilisce la base della sua responsabilità verso l'amministrato; nè d'altra parte sarebbe stato conveniente l'imporre al tutore la scelta che fosse fatta dal protutore, come

rappresentante in questo caso gl'interessi opposti del minore. Presentavasi dunque opportuno sotto ogni rapporto il concetto di affidare la nomina del notaio ad un'autorità superiore e affatto imparziale. In quest'ordine d'idee era perfettamente giustificato il concedere prima di tutto la facoltà di tale nomina al genitore, la cui morte dia luogo all'aprimento della tutela; sia per quelle stesse considerazioni che fecero attribuire a lui il potere di nominare il tutore e il protutore, sia anche perchè da lui meglio che da altri poteva farsi la scelta più conveniente, nominando un notaio che, già essendo informato dei principali interessi del patrimonio cadente in amministrazione tutelare, fosse in grado di dirigere con maggiore sicurezza ed interezza le operazioni dell'inventario. Nel testo dell'art. 282 non è dichiarato in quale atto possa il genitore nominare il notaio, che abbia a fare l'inventario. Però, per analogia dal disposto degli articoli 242 e 264, pensiamo che lo possa soltanto nel testamento, o in atto notarile. In mancanza di nomina del notaio da parte del genitore diveniva naturale e conforme ai principii comuni che tale nomina fosse affidata al consiglio di famiglia, come autorità alla quale è commessa la cura suprema di tutti gl'interessi della tutela.

Alcune delle legislazioni anteriori prescrivevano che all'inventario tutelare dovessero *essere presenti due agnati o cognati, o in loro mancanza due probi vicini, oltre il concorso dei testimoni richiesti negli atti pubblici* (articolo 230 cod. Parm.; 261 cod. Est.).

Il codice Albertino stabiliva che l'inventario dovesse *seguire alla presenza di due testimoni scelti fra le persone ragguardevoli del luogo* (art. 321).

Nel codice Italiano non si trascurarono queste buone tradizioni; ma scegliendone il meglio, ed attenendosi al concetto sostanziale, che testimoni all'inventario dovessero essere persone le quali non solo concorressero colla loro presenza ad autenticarne le operazioni, ma per le

cognizioni che probabilmente già avessero dei principali interessi del patrimonio cadente in tutela potessero controllare le operazioni stesse, e dare all'uopo notizie e schiarimenti opportuni, si reputò superfluo di duplicare il numero dei testimoni ordinariamente richiesti per gli atti pubblici, e si limitò a prescrivere che i due testimoni dovessero essere scelti fra i parenti o gli amici della famiglia. I parenti non sono per legge preferiti agli amici; ma gli uni e gli altri sono indifferentemente ammessi, lasciando alla prudenza di chi deve fare la scelta il determinarla su coloro, siano poi parenti od amici, che più probabilmente abbiano maggiori cognizioni e possano somministrare più utili notizie intorno alla sostanza di cui devesi fare l'inventario.

La scelta di queste persone spetta al notaio procedente. In tal senso ci sembrano concorrere le parole stesse dell'articolo 282 e la migliore opportunità; perciocchè il lasciare la designazione di coloro, che debbano assistere all'inventario, al tutore che vi fa procedere, sarebbe in contraddizione collo scopo della legge, di procacciare nella presenza di quelle persone un efficace controllo alle operazioni dell'inventario stesso.

Il notaio deve poi fare constare nell'atto della scelta fatta e della qualità delle persone chiamate ad assistere come testimoni, essendo questo, come osservammo, un requisito da considerarsi come essenziale all'inventario.

Il deposito dell'inventario era prescritto da alcune delle legislazioni precedenti solo pel caso che l'inventario stesso fosse stato fatto in forma privata; ed allora, dovendosi eseguirlo in doppio originale, uno di questi doveva essere depositato, secondo uno di quei codici, nel pubblico archivio, ed esservi registrato alla forma degli atti pubblici (art. 231, § 2, codice Parmense); e secondo l'altro, doveva essere depositato nella cancelleria della giusdicenza, e registrato nel libro delle tutele (art. 262, § 2, cod. Estense).

Il codice Italiano accolse tale idea, generalizzandola; e senza distinguere se l'inventario sia fatto secondo la regola comune, per mezzo di notaio, o per eccezione, nel caso previsto dallo stesso art. 282, § 2, in forma privata, volle che l'inventario *sia depositato presso la pretura* (art. 282, § 3, cod. civ.), il che vale quanto dire doverne essere depositata la copia, se l'inventario sia stato eseguito nella forma ordinaria, e l'originale, se eccezionalmente sia stato fatto senza il ministero di notaio. Qualche commentatore reputò poter essere giustificata questa disposizione dallo scopo di *conservare l'atto;* la quale idea, però, non sarebbe, in ogni caso, applicabile, se non all'inventario fatto eccezionalmente in forma privata. Si aggiunse, come altro scopo della disposizione medesima, *la prontezza della comunicazione dell'atto a quelli che vi avessero interesse* (1). Nè per certo vuolsi disconoscere codesta importantissima utilità, derivante dal deposito dell'inventario nella pretura, che per ogni occorrenza dell'amministrazione tutelare, per ogni notizia o schiarimento che bisogni prendere onde averne guida negli atti dell'autorità tutoria, e specialmente nelle deliberazioni del consiglio di famiglia, si abbia sempre sotto la mano l'atto fondamentale dell'amministrazione stessa, quello che constata la consistenza del patrimonio del minore, e i singoli beni che ne compongono l'attivo, come i debiti o gli oneri che ne costituiscono il passivo. A ciò restringiamo l'utilità che può essere stata in vista del legislatore, perchè non crediamo aver egli contemplato anche l'interesse che potessero avere terze persone, in una disposizione diretta unicamente a guarentigia e protezione del minore. Ma un altro concetto ben più fondamentale pensiamo che sia stato dal legislatore stesso seguito. Quando sono terminate le operazioni tendenti ad accertare la consistenza del patrimonio del tutelato, designandone gl'immobili, indicandone i mobili, i crediti e i

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 282, vol. I, § 607, pag. 968.

debiti, descrivendone le scritture, carte e note relative allo stato attivo e passivo, non può però ancora dirsi veramente compiuto l'inventario, come atto che formi piena prova dello stato patrimoniale del minore, che nei rapporti tra questo e il tutore faccia intiera fede. Questa pienezza di fede, questa perfezione di prova dipende da un atto ulteriore, dalla conferma che il tutore e il protutore diano della sincerità dell'inventario mediante il giuramento che essi devono prestare. Ora con questo ultimo atto, che rende legalmente compiuto l'inventario, ha una connessione intima e necessaria il deposito dell'inventario stesso, il quale serve a determinare precisamente l'oggetto della dichiarazione giurata che fanno il tutore e il protutore. Contemporaneamente al deposito che eseguiscono dell'inventario, giurandone essi la verità, si ha così da un medesimo atto la prova perfetta, secondo la legge, dello stato patrimoniale del minore. Partendo da questa idea, s'intende facilmente il perchè nell'obbligo del deposito alla pretura siasi compreso l'inventario fatto nella forma solenne ordinaria, non meno di quello in forma privata; poichè a complemento sì dell'uno che dell'altro richiedevasi il giuramento del tutore e del protutore, e questo dovea prestarsi in base d'un documento, che i giuranti presentassero facendo su di esso la loro dichiarazione. E la medesima idea giova ancora a risolvere un altro dubbio che potrebbe presentarsi; se cioè, l'obbligo del deposito, trattandosi di inventario fatto per mezzo di notaio, incomba a quest'ultimo, o piuttosto al tutore, al quale perciò l'ommissione di tale deposito renda applicabile le sanzioni stabilite dall'articolo 288 cod. civ. La legge non impone quest'obbligo al notaio, il quale d'altronde ha compiuto l'ufficio suo colla compilazione dell'inventario che gli era commesso. Ciò solo basterebbe, a veder nostro, per rendere arbitrario il volergli addossare qualunque ulteriore responsabilità, non stabilita espressamente a carico di lui dalla legge. Inoltre, poichè è dovere del tutore, prima ch'egli assuma

definitivamente e completamente l'esercizio delle proprie funzioni, di far procedere all'inventario, e questo non può dirsi compiuto finchè non sia stato depositato e contemporaneamente confermato con giuramento alla pretura, è dunque naturale che l'obbligo di tale deposito incomba al tutore stesso; e poichè, d'altra parte, tutore e protutore debbono concorrere in questa dichiarazione giurata, la quale non può farsi che sull'atto dell'inventario contemporaneamente depositato, è anche naturale che al medesimo protutore, insieme al tutore, spetti pure di curare la esecuzione di tale deposito. Mancandovi, il tutore si esporrebbe alle sanzioni stabilite dall'art. 288; il protutore sarebbe semplicemente tenuto del risarcimento dei danni, secondo i principii generali.

Le riflessioni sovra esposte valgono pure a schiarimento dell'ultimo dei requisiti di forma, che vedemmo stabiliti per l'inventario tutelare dall'art. 282 del cod. civ., che è la dichiarazione giurata del tutore e del protutore sulla sincerità dell'inventario. Noteremo soltanto che l'essere, o no, necessario il giuramento del tutore e del surrogato tutore intorno alla sincerità dell'inventario, era questione che presentava qualche incertezza nella dottrina francese (1). Essa fu risolta affermativamente dal codice Italiano, che, come già avvertimmo, considerò questo come un complemento indispensabile dell'atto solenne d'inventario, a guarentigia degl'interessi del minore. Lo spirito della disposizione è in fondo identico con quello dell'articolo 872, n. 13, del codice di procedura civile, che stabilisce per regola generale degl'inventari doversi dall'ufficiale procedente interpellare coloro che ebbero precedentemente la custodia dei mobili, od abitavano la casa in cui erano riposti, se conoscano che vi sia altro da descrivere, e se sappiano direttamente o indirettamente che manchi alcun oggetto caduto nella successione. Solamente, mentre a

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 556.

tenore di questa disposizione processuale basta che gl'interpellati rispondano *sul proprio onore*, qui invece, atteso alla speciale solennità dell'atto, si è voluto che la dichiarazione del tutore e del protutore si faccia sotto il vincolo del giuramento. Del resto la disposizione dell'art. 872, n. 13, del codice di procedura civile non potrebbe certamente confondersi in alcun modo con quella dell'articolo 282, § ultimo, del codice civile; poichè il tutore e il protutore non si troverebbero, per la sola ragione degli uffici loro, nelle condizioni contemplate dal primo dei precitati articoli; ed anzi le regole comuni per gl'inventari dovendosi ritenere applicabili anche all'inventario tutelare, in quanto non si trovino in opposizione colle disposizioni speciali date per quest'ultimo nel codice civile, come già osservammo in principio di questo numero, reputiamo che non cessi, a norma dell'art. 872, n. 13, procedura civile, l'obbligo del notaio procedente, d'interpellare coloro che abbiano avuto in custodia prima dell'inventario i beni mobili del minore, od abbiano abitato la casa in cui erano riposti, affinchè dichiarino sul loro onore se sappiano che qualche oggetto della successione spettante al minore manchi, o non sia stato compreso nell'inventario medesimo, non ostante che la sincerità di esso debba ulteriormente essere confermata con giuramento da altri.

Stabilita poi, come fu, la necessità di questa confermazione giurata, era naturale che fossero chiamati a prestarla insieme il tutore ed il protutore; il primo, come quello che ha dovuto far procedere ad un leale inventario, ed è responsabile delle sostanze del tutelato; il secondo quale rappresentante il minore, in considerazione della opposizione di interessi, che in ordine alla formazione dell'inventario si verifica tra lui ed il tutore.

181. A fronte delle regole generali, di cui finora parlammo, risguardanti le forme dell'inventario tutelare,

ve ne hanno altre speciali, dettate dalla legge per casi particolari, che sono i seguenti:

1° Quello in cui si tratti d'un tenue patrimonio composto di beni non eccedenti in complesso il valore di lire tremila;

2° Quello in cui del patrimonio del minore facciano parte stabilimenti industriali o commerciali.

Pel primo di essi dispone l'art. 282, § 2, che " il pretore o il consiglio di famiglia potrà permettere che l'inventario sia fatto senza il ministero di notaio, quando i beni non eccedono il valore di lire tremila „.

Anche sotto la legislazione francese, la possibilità che le spese d'un inventario solenne talvolta assorbissero, o poco meno, il valore dei beni del minorenne, avea gravemente preoccupati i giuristi, e di fatto in simili casi non solevasi fare l'inventario. In diritto però il rigore della legge, che indistintamente imponeva l'obbligo dell'inventario, sempre nelle medesime forme e senza dar luogo a dispensa alcuna, costringeva a ritenerlo inevitabile (1).

Il nostro legislatore saggiamente provvide, non richiedendo sempre collo stesso rigore quelle solennità, che d'ordinario sono giustamente prescritte per un atto di tanta importanza, ma autorizzando invece la compilazione dell'inventario in forma privata, assai meno dispendiosa, allorchè si tratti d'un tenue patrimonio.

Gl'intendimenti del legislatore a tale proposito furono chiaramente manifestati nella relazione che accompagnava la presentazione del progetto di codice al Senato; nel quale progetto però, all'art. 251, fissavasi in sole *lire mille* l'entità massima del patrimonio di cui potesse permettersi l'inventario senza ministero di notaio.

" Essendosi stabilito — vi si diceva — che il giudice " dovesse procedere di uffizio agli atti tutelari, fu necessario " provvedere che le cure della legge non importassero un

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 551.

" soverchio aggravio ai minori eredi di esigue sostanze.
" La prima disposizione diretta a tale scopo fu quella di
" autorizzare l'inventario senza il ministero d'un notaio,
" trattandosi di minori aventi un patrimonio non ecce-
" dente le mille lire.

" Nè quest'inventario in forma privata può recare imba-
" razzi intorno alla qualità di eredi beneficiati, ancorchè
" vi siano altri eredi maggiori di età, giacchè l'intervento
" del notaio nulla aggiunge all'esattezza delle dichia-
" razioni su cui riposa generalmente l'inventario delle
" sostanze ereditarie (1) „.

La Commissione senatoria modificò in questa parte il progetto nel modo che fu poi pienamente accolto nel paragrafo secondo dell'art. 282 dell'attual codice, e ne addusse i seguenti motivi:

" Coll'articolo 251 del progetto si conferisce al giudice
" di mandamento ed al consiglio la facoltà di permettere
" che l'inventario tutelare si faccia senza il ministero di
" notaio, quando i beni non eccedono il valore di *lire mille.*
" Questa somma, come troppo tenue nell'attuale valore
" della moneta, è stata accresciuta sino a *lire tremila*, per
" rendere più sensibile in pratica il beneficio di questa
" forma meno dispendiosa dell'inventario „ (2).

Le autorità, alle quali è dato il potere di questa concessione, sono simultaneamente *il pretore e il consiglio di famiglia;* e intorno a ciò non abbiamo che a riferirci alle osservazioni già fatte sovra una simile disposizione per altro oggetto (3).

La dispensa non riguarda che unicamente il ministero del notaio, la cui necessità cessa, e mancano conseguentemente di applicabilità a questo caso tutte le prescrizioni relative alle forme estrinseche degli atti pubblici notarili, subentrando in loro luogo quelle che concernono gli atti

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 25.
(2) V. Relazione Vigliani, pag. 84.
(3) V. sopra, n. 175, pag. 785, 786.

privati: ma rimangono ferme tutte le altre prescrizioni concernenti sì le persone, le quali debbono intervenire od assistere all'inventario, che le forme da osservarsi nella compilazione di esso, e le ulteriori volute per attribuirgli piena fede.

Anche l'inventario in forma privata dee quindi farsi coll'intervento del protutore e coll'assistenza di due testimoni da scegliersi fra i parenti o gli amici della famiglia, la quale scelta farebbesi allora dallo stesso pretore, o dal consiglio di famiglia nell'emanare il provvedimento di concessione per la forma privata dell'inventario; deve poi essere depositato in originale presso la pretura, e nell'atto del deposito il tutore e il protutore hanno a dichiarare con giuramento la sincerità dell'inventario stesso. Tutto ciò è infatti conforme al testo dell'art. 282, che dopo avere stabilito nel primo paragrafo quali persone debbano intervenire od assistere all'inventario tutelare, e col ministero di chi debba esser fatto, deroga nel secondo paragrafo a questa sola ultima parte della precedente disposizione, pel caso che si tratti d'un patrimonio non eccedente il valore di lire tremila; e nei successivi paragrafi terzo e quarto reca poi disposizioni generali, evidentemente comprensive dell'inventario in forma privata, di cui è parlato nel paragrafo secondo, non meno di quello fatto per mezzo di notaio. Ed è parimente conforme allo spirito del predetto articolo; essendo esso diretto unicamente ad evitare spese che fossero per riuscire troppo gravose al patrimonio del minore, mentre nessuna delle condizioni e forme surricordate apporta maggiore dispendio. Rimangono pure indubbiamente applicabili le disposizioni del codice di procedura relative all'inventario, in quanto non siano in opposizione con quelle speciali, contenute nel codice civile per l'inventario tutelare.

Affinchè sia esercibile la facoltà di ammettere la forma privata dell'inventario, la legge prescrive il limite d'un massimo valore di lire tremila, che abbiano i beni del

minore. È a notarsi per altro come il valore del patrimonio del tutelato non possa essere conosciuto che in modo molto incerto allorchè l'inventario è ancora da formare e si tratta di determinare se possa o no farsi in forma privata; ed anzi nemmeno ad inventario compiuto potrà aversi la determinazione esatta del vero valore di quei beni, se non ne sia ordinata, come non è necessaria, la stima.

Su quale base adunque potrà essere stabilito, in casi di dubbio, se sia o non sia permissibile la forma privata dell'inventario? Sembra che anche in ciò la legge abbia inteso di deferir tutto alla prudenza del pretore o del consiglio di famiglia, sicchè non sia d'uopo di accertare previamente con altri mezzi il vero valore dei beni da inventariarsi. Solo potrebbesi poi impugnare la validità dell'inventario fatto senza la forma notarile, prescritta in via di regola generale, qualora colle risultanze dell'inventario stesso o con altri mezzi fosse accertato un valor maggiore di lire tremila; nè per certo varrebbe a salvarlo dalla nullità l'autorizzazione riportata, poichè nè il pretore nè il consiglio di famiglia avevano facoltà di concederla, in derogazione alla regola generale di legge, se non sotto la condizione espressa dalla legge stessa, che il valore del patrimonio non superasse le lire tremila. Ben s'intende per altro, che neppure in questo caso il tutore andrebbe soggetto alla sanzione recata dall'articolo 288, per avere ommesso di fare l'inventario nel modo stabilito dalla legge; avendo egli abbastanza soddisfatto all'obbligo suo col fare procedere all'inventario in quella forma che dall'autorità competente era stata ordinata. Solo, se avesse egli chiesta ed ottenuta quest'autorizzazione traendo in inganno con raggiri od inesatte indicazioni il pretore o il consiglio di famiglia, sarebbe responsabile del danno che potesse essere derivato dall'annullamento dell'inventario, e secondo i casi sarebbe anche rimovibile dalla tutela qualora risultasse colpevole di dolo.

Quanto al secondo dei casi accennati in principio di questo numero, l'art. 284 dispone così:

“ Se nel patrimonio del minore fossero stabilimenti “ industriali o commerciali, si procederà nelle forme usate “ in commercio all'inventario dello stabilimento, coll'in- “ tervento del protutore e di quelle altre persone, che il “ pretore o il consiglio di famiglia credesse opportuno di “ delegare.

“ Quest'inventario sarà pure depositato presso la pre- “ tura, ed il riepilogo di esso sarà registrato nell'inventario “ generale „.

Di questa disposizione abbiamo dovuto già dare qualche cenno in altro luogo, parlando delle persone di cui la legge vuole l'intervento nell'atto dell'inventario (1). Sciogliamo ora la riserva, che ivi abbiam fatta, di trattare delle forme estrinseche da osservarsi in questi inventari speciali. E prima di tutto richiamiamo il principio già accennato, che sono applicabili anche ad essi le norme stabilite dalla legge, sia nel codice di procedura civile per gl'inventari di successione in generale, sia nel codice civile per l'inventario tutelare in ispecie; eccetto quelle sole che si trovino in opposizione colle disposizioni particolari e derogatorie contenute nel detto articolo 284. Questo ci sembra della massima evidenza. Benchè abbiasi a fare l'inventario speciale d'uno stabilimento industriale o commerciale compreso nel patrimonio del minore, non trattasi però meno dell'inventario tutelare, di cui questo speciale deve formar parte integrante; nè quindi sarebbe ragionevole l'attribuire al legislatore la intenzione, da lui certamente non espressa, di abbandonare affatto quelle cautele e garanzie, che nell'interesse del minore reputò necessario di prescrivere per l'inventario di tutela.

Meno ancora è supponibile che il legislatore abbia voluto prescindere del tutto dalla osservanza delle norme

(1) V. sopra, n. 176, pag. 786 e segg.

generali che sono stabilite dal codice di procedura civile per l'inventario.

Tale è, a veder nostro, il concetto fondamentale che devesi tener presente nell'interpretare l'articolo 284 del codice civile.

I dubbi ch'esso può far sorgere dipendono dalla generalità della espressione, con cui dichiara doversi procedere all'inventario dello stabilimento *nelle forme usate in commercio*. Devesi ciò intendere riferibile a qualunque forma estrinseca dell'inventario? Allora bisognerebbe cominciare dal ritenere non necessario ch'esso fosse fatto per mezzo del notaio nominato dal genitore, o dal consiglio di famiglia; giacchè l'autenticità dell'atto appartiene pure indubbiamente alla forma estrinseca di esso, quantunque essenziale. Ma può essere stata questa la intenzione del legislatore? È supponibile che mentre l'inventario speciale dello stabilimento di commercio fa necessariamente parte integrante dell'inventario generale di tutela, e mentre per questo si è prescritta come sostanziale la forma autentica, siasi ammessa per la parte la forma semplicemente privata?

La risposta negativa è stata insegnata come non dubbia (1) e pare anche a noi; tanto più se ripensiamo ai motivi di questo articolo 284, il cui scopo essendo di non indurre in un inventario commerciale tali modi di compilazione da renderlo meno adatto alle esigenze ed alle opportunità del commercio, riconosciute e consacrate dagli usi relativi, non può certamente essere contrariato in nulla dal doversi dare all'atto la solennità d'essere ricevuto da un notaio, anzichè farlo in forma puramente privata. S'intende che anche per questo inventario speciale può essere applicabile il disposto dall'art. 282, § 2, qualora *i beni del minore in complesso* non eccedano il valore di lire tremila.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 284, § 508, pag. 969.

Che cosa siasi voluto intendere parlando delle *forme usate in commercio*, da seguirsi nell'inventario d'uno stabilimento industriale o commerciale, che faccia parte del patrimonio del minore, sembra a noi che risulti dall'avvicinamento di questo articolo 284 con quello che immediatamente lo precede. L'articolo 283 si era occupato delle forme da adempiersi nell'inventario tutelare, determinando come dovessero indicarsi i mobili, i crediti e i debiti, descriversi le scritture, carte e note, designarsi gl'immobili. L'articolo successivo fa eccezione a queste norme generali per l'inventario di stabilimenti d'industria o di commercio. Per esso, non più le disposizioni dell'articolo 283 debbonsi consultare, ma i modi e le forme usate in commercio; non sarà più in facoltà del pretore o del consiglio di famiglia di determinare *se e come si debba procedere alla stima dei mobili*, ma la loro valutazione si farà e si riferirà in inventario secondo gli usi commerciali.

Questi sono in sostanza sostituiti, quanto agl'inventari speciali di stabilimenti d'industria o di commercio, alle disposizioni dell'art. 283.

Data questa interpretazione, diventa piano tutto ciò che riguarda l'ordinamento di questi inventari speciali. Chi deve farvi procedere è sempre il tutore, già lo abbiamo avvertito, ed è evidente, poichè l'inventario speciale, non meno del generale, si fa precisamente per determinare gli oggetti della responsabilità che egli assume per l'ufficio suo. Deve intervenirvi il *protutore*, affinchè sia rappresentato il minore, il cui interesse trovasi in quest'atto opposto a quello del tutore; e per togliere ogni dubbio possibile, lo stesso art. 284 lo ha espressamente dichiarato. Possono pure per decreto del pretore o per deliberazione del consiglio di famiglia essere delegate ad intervenirvi altre persone; e intorno a ciò già abbiamo date nel luogo sopra citato le spiegazioni che ci parvero opportune. Compilato che sia l'inventario speciale, deve pure essere depositato presso la pretura; ed anche ciò fu espressamente dichia-

rato nel secondo paragrafo di detto art. 284. Vi sarebbe stato pretesto a dubitarne, perchè essendo prescritto in questa stessa disposizione che il riepilogo dell'inventario speciale sia registrato nell'inventario generale, poteva sembrare sufficiente il deposito di questo siccome comprensivo anche di quello. Tuttavia lo scopo, che a suo luogo accennammo, di tale deposito non sarebbe stato perfettamente soddisfatto. Sarebbero mancati gli elementi particolareggiati della composizione del patrimonio del tutelato, ciò che nell'interesse di lui conveniva che apparisse dal documento depositato in pretura; e il legislatore opportunamente prevenne ogni questione possibile a tale proposito colla sua dichiarazione espressa.

182. Il codice civile Italiano nell'articolo 288 ha stabilite le sanzioni, a cui assoggetta il tutore per inadempimento delle obbligazioni impostegli relativamente all'inventario.

Il quale inadempimento può verificarsi in più modi, che tutti sono previsti nella disposizione sopra citata, così espressa:

" Il tutore che ommette di fare l'inventario nel termine
" o nel modo stabilito, non ostante qualunque dispensa, o
" lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni, e può
" essere rimosso dalla tutela ".

La prevista *ommissione di fare l'inventario nel termine stabilito* può comprendere due casi distinti: quello di mancanza assoluta dell'inventario, e quello di ritardo, sia nel cominciarlo, sia nel condurlo a termine, secondo le disposizioni dell'articolo 281. Un altro caso previsto nell'articolo 288 è quello in cui l'inventario sia stato fatto in tempo utile, ma non nei modi stabiliti dalla legge. L'ultimo caso è d'infedeltà, di cui siasi reso colpevole il tutore nella formazione dell'inventario. E in tutti questi casi ugualmente le sanzioni stabilite dalla legge a carico del tutore sono due, il risarcimento dei danni e la rimozione dalla

tutela: sanzioni, la prima delle quali sarebbe applicabile, anche indipendentemente da questa espressa disposizione dell'articolo 288, in virtù della regola generale proclamata negli art. 1218 e 1225, quanto all'inadempimento della obbligazione legale di fare l'inventario nel termine e nei modi stabiliti, e in virtù dell'articolo 1151, pel caso d'infedeltà; e la seconda sarebbe parimente applicabile in forza dell'art. 269, che dichiara dover essere rimosse le persone di provata infedeltà o trascuratezza nell'esercizio della tutela.

Tutta la difficoltà, che può presentarsi nell'applicare la prima delle suindicate sanzioni, consiste nel determinare se siasi prodotto un vero danno risarcibile dal tutore; questione però di mero fatto, e riservata al prudente criterio dell'autorità giudicante in merito. Solo è osservabile come non sia necessario che del danno, di cui il minore chieda d'essere reintegrato, abbia approfittato il tutore stesso. Anche senza di ciò può infatti, in ciascuno dei casi figurati nell'articolo 288, verificarsi pel minore un danno non riparabile altrimenti che mediante il risarcimento da farglisi dal tutore. Fu ommesso assolutamente l'inventario, e questa mancanza ha dato luogo a disperdersi alcuni beni mobili del minore. Ne fu ritardato l'incominciamento, ed essendo perciò rimasto intanto ignorato un credito della successione raccolta dal minore non si potè agire contro il debitore prima che egli divenisse insolvibile. Ne fu ritardato il compimento, e nel frattempo essendosi l'amministrazione del tutore limitata, come si doveva, ai soli affari che non ammettevano dilazione, altri interessi del minore ne hanno sofferto. Fu fatto l'inventario in tempo utile; ma mentre il consiglio di famiglia avea determinato che si dovesse procedere anche alla descrizione dello stato degli immobili, in considerazione dell'essere questi comuni con altro comproprietario, se ne fece in inventario la semplice designazione, e ciò ha dato campo al condomino, che amministrava i beni comuni, di deteriorarli, e questo condo-

mino è poi divenuto insolvibile. Nell'inventario il tutore, colludendo col debitore, ha ommessa la indicazione di un credito del minorenne; e quel credito, non esatto alla scadenza, è poi divenuto inesigibile per sopraggiunta insolvenza del debitore. In questi e simili casi il danno derivato al minore dall'essere stato ommesso l'inventario, o non fatto nel termine o nel modo stabilito, o fatto infedelmente, dovrebb'essere risarcito dal tutore.

Della remozione dalla tutela è parlato nell'art. 288 in termini, che la indicherebbero come semplicemente *facoltativa*. Tuttavia crediamo che debba esser diversa la interpretazione da darsi a quelle parole: *il tutore può essere remosso dalla tutela*. Forse furono usate perchè la ommissione dell'inventario, o il ritardo nell'intraprenderlo o nel compierlo, o l'averlo fatto in modo diverso da quello stabilito, o l'avervi ommessa qualcuna delle indicazioni, descrizioni o designazioni, che sarebbero state necessarie, può talvolta essere, se anche non giustificato, scusato da circostanze tali, che al tutore non possa apporsi dolo, nè colpa abbastanza grave. Ma se quelle mancanze siano tali invece da costituire veramente una *provata infedeltà o trascuratezza*, la remozione dalla tutela non può riguardarsi come semplicemente facoltativa, bensì come *necessaria*, secondo l'espressa disposizione dell'art. 269, a tenore del quale *le persone di provata infedeltà o trascuratezza nell'esercizio della tutela debbono essere rimosse dall'ufficio assunto di tutore*.

Nessuna altra sanzione, fuor di queste due dichiarate nell'art. 288, è stabilita dalla legge contro il tutore che abbia ommesso l'inventario, o l'abbia fatto tardivamente, irregolarmente o infedelmente. E il principio fondamentale, che le pene anche civili non possono estendersi, non lascia dubbio che non in altro può incorrere per queste cause, a titolo di penalità, il tutore stesso.

Nondimeno il caso di assoluta ommissione dell'inventario può lasciare dubbiezze, nei rapporti tra tutore e

tutelato, in ordine alla prova della consistenza e del valore dei beni componenti il patrimonio di quest'ultimo, per la conseguente responsabilità del primo.

Se l'inventario sia stato compiuto regolarmente quanto al tempo ed al modo, ma si pretenda che sia infedele, non può esservi dubbio: la prova dell'allegata infedeltà potrà somministrarsi con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi, anche per testimoni o per presunzioni, senz'applicabilità della limitazione risultante dagli articoli 1341 e 1354 cod. civ., quando pure si tratti di un valore superiore alle cinquecento lire; perciocchè non sia caso di provare una *convenzione*, ma un *fatto*, del quale d'altronde non sarebbe stato possibile al tutelato di procurarsi la prova scritta.

Ma se l'inventario sia stato assolutamente ommesso, e al tempo del rendimento del conto si pretenda doverne formar parte certi oggetti, che il tutore non rappresenta, e in mancanza di essi si chieda la condanna del tutore medesimo a pagarne il valore, quali saranno i mezzi di prova ammissibili?

A tale proposito reputiamo non inutile l'osservare come qualche scrittore, dei nostri specialmente, mostri di confondere la prova di cui qui si tratta con quella di un danno, del quale si chieda al tutore il risarcimento. È questo un errore da evitarsi. Qui non è caso di risarcimento di un danno. Si tratta dell'obbligazione legale, che il tutore aveva, di conservare i beni tutti del minore affidatigli, e riconsegnarli al cessare della tutela; si tratta di provare, mancandone per colpa del tutore il documento regolare, quali erano questi beni; l'obbligo di pagarne il valore, a titolo di risarcimento, non verrà che in sussidio, quando quei beni non possano essere presentati in natura.

Fatta questa avvertenza, la risoluzione generale del proposto quesito non può, del resto, presentare incertezza. La prova sarà ammissibile con tutti i mezzi ordinari, non escluse le testimonianze e le presunzioni, senzachè osti il

valore degli oggetti, superiore alle 500 lire, e ciò per le ragioni che abbiamo sopra indicate.

Ma, si chiede, potrà anche essere deferito d'uffizio il giuramento al tutelato? Il codice Albertino dava a ciò una risposta esplicita, dichiarando nell'articolo 327, che in caso di ommissione dell'inventario " si farà luogo al cari-" camento contro il tutore col giuramento *in litem* ". Nel corrispondente articolo 288 del codice Italiano questa parte fu soppressa. Forsechè si ebbe intenzione con ciò di escludere il giuramento *in litem?* Non lo crediamo supponibile. Il tacerne era quanto riportarsi ai principii generali, e appunto perciò si ommise una dichiarazione che riusciva superflua. Ma l'applicazione di questi principii a quali conseguenze porta nel caso attuale? I commentatori del codice Francese, che del pari mancava d'una disposizione espressa e speciale in proposito, erano pressochè concordi nel ritenere ammissibile il giuramento *in litem*, sotto la condizione stabilita nell'articolo 1369 di quel codice, corrispondente al 1377 del codice Italiano (1). Lo stesso dicono gli scrittori nostri (2).

Tuttavia non ci sembra accettabile così assolutamente questa massima, senza qualche speciale avvertenza. Il giuramento *in litem*, non deferendosi all'attore che *sul valore della cosa domandata* (articolo 1377 codice civile), presuppone giustificata la domanda in sè stessa, la quale avendo per oggetto la restituzione d'una cosa, che non possa più essere riconsegnata in natura, non resti perciò che a determinare il valore della cosa stessa, e questo valore sia impossibile provare con altri mezzi. Se quindi, in mancanza dell'inventario, non fosse contestato, o il minore avesse provato, che quei determinati beni, pei quali egli reclama, facessero parte del suo patrimonio

(1) V. Toullier, t. II, n. 1197; Demolombe, t. VII, n. 569, 2; Aubry et Rau, t. VI, § 112, n. 7. — *Contra* Magnin, *Des minorités*, t. I, n. 638.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 611; Borsari, *Comm.*, art. 288, vol. I, § 611, pag. 974.

all'aprirsi della tutela, nessun dubbio vi sarebbe che per provare il valore dei beni stessi, chiesto contro il tutore pel caso ch'egli non potesse riconsegnarli in natura, farebbesi luogo a deferire il giuramento al minore, fondandosi semplicemente sull'impossibilità d'altra prova. Ma tale non sarà il caso più frequente. Mancando l'inventario, il tutelato pretenderà che la consistenza della fortuna sua fosse maggiore di quanto verrà ammesso dal tutore; quegli affermerà che del suo patrimonio facessero parte beni, che questi invece negherà. Basterebbe forse al tutelato l'obbligazione generica, incombente al tutore, di conservare il patrimonio amministrato e riconsegnarlo al cessare della tutela, per sostenere che la sua domanda sia da ciò abbastanza giustificata, e resti solo di stabilire il valore della cosa domandata? Ci sembra chiaro che no. La domanda del tutelato non può essere in genere per la riconsegna del patrimonio che gli possa spettare, al che d'altronde il tutore avrebbe già soddisfatto col rendere ciò che presenta come costituente quel patrimonio, ma dev'essere concretata in oggetti determinati, che il tutelato stesso affermi aver fatto parte della sua sostanza. Ed allora, se ciò è negato dal tutore bisogna provarlo; e se tra i mezzi di prova ammissibili vi è anche il giuramento deferibile d'ufficio all'attore stesso, non è il giuramento *estimatorio*, pel quale basta, secondo l'art. 1377, l'impossibilità di somministrare la prova altrimenti, ma è il giuramento *suppletivo*, diretto a completare la convinzione del giudice, e che perciò presuppone per condizione indispensabile che la domanda, non pienamente provata, *non sia però nemmeno mancante totalmente di prova* (art. 1375 cod. civ.). Nè invero la questione cade qui soltanto *sul valore* di ciò che forma oggetto di obbligazione, come se, ammesso già o provato che il patrimonio del minore fosse costituito dei tali e tali beni, restasse solo di determinare quanto valesse la parte di beni mancante, per farne base alla condanna del tutore pel corrispondente risarcimento in favore del

tutelato, ma cade *sugli oggetti stessi dell'obbligazione*, trattandosi di stabilire ciò che il tutore abbia ricevuto e che debba quindi riconsegnare. Ma forse il tutelato potrà addurre in favor suo, e per gli effetti dell'art. 1375, n. 2, la presunzione nascente dalla colpa del tutore nell'ommettere l'inventario? Questo pure ci sembra evidentemente inaccettabile. Una tale presunzione non è certamente di diritto, poichè la legge non la stabilisce; e se vi fosse presunzione legale, costituirebbe da sè sola una prova piena. Non può neppure considerarsi come esistente una presunzione di fatto, giacchè la semplice circostanza negativa di avere ommesso l'inventario non può servire in alcun modo a stabilire la prova che del patrimonio del minore facessero parte determinati beni. A conferma di tutto ciò starebbe ancora, a nostro avviso, qualche altra riflessione importante.

Se si ammettesse bastare l'ommissione dell'inventario per fare luogo al giuramento *in litem* del tutelato sulla consistenza del suo patrimonio, gli sarebbe aperta una via facile ed ingiusta per arrivare ad accrescere enormemente il patrimonio stesso a carico del tutore. Gli basterebbe, per esempio, l'affermare che il suo autore possedesse una quantità considerevole di titoli al portatore, per farsi ammettere, sotto pretesto d'impossibilità di provarlo con altri mezzi, a provarlo unicamente col proprio giuramento. Somministri il tutelato un principio di prova almeno, che tali titoli esistessero nell'eredità che gli si è devoluta; ed allora potrà essergli deferito il giuramento, sia per completare intorno a ciò stesso la convinzione dei giudici, sia per determinare con precisione la quantità dei titoli predetti. Eppoi, quando siasi già accertato quali beni componessero la sostanza del tutelato, e si deferisca a lui il giuramento estimatorio solo per stabilire il valore di quelli che il tutore non renda in natura, il giudice può determinare con prudente criterio quale possa essere la somma a concorrenza della quale sia a prestar fede al giuramento,

come prescrive l'art. 1377, § 2, cod. civ. Ma dove ne troverebbe la base, qualora si facesse dipendere dallo stesso giuramento lo stabilire quali fossero i beni che il tutelato aveva all'aprirsi della tutela?

Ecco dunque la conclusione nostra: in mancanza d'inventario, il tutelato potrebbe provare la consistenza della propria fortuna con tutti i mezzi ordinariamente permessi, e fra essi anche *col giuramento suppletivo;* al giuramento *in litem* potrebbe essere ammesso solamente quando avesse già giustificata con altri mezzi la consistenza del proprio patrimonio, e trattandosi unicamente di determinare il valore di quella parte dei beni componenti il patrimonio stesso, che il tutore non fosse in grado di restituire in natura, si trovasse nella impossibilità di provarlo altrimenti.

Una dottrina dominante in diritto francese ammetteva il tutelato a poter provare, in mancanza d'inventario, la consistenza del proprio patrimonio non solo per testimoni, ma anche *per notorietà* (1), e qualche autore la ritenne applicabile anche al diritto nostro (2). Sostenevasi essere ciò conforme ai principii comuni di diritto; perciocchè, dicevasi, essendo ammissibile la prova testimoniale, lo fosse pure quella per presunzioni, e queste essendo lasciate alla prudenza del magistrato (art. 1353 cod. Franc., corrispondente al 1354 cod. Ital.), potesse egli trarle anche dalla fama pubblica, dai semplici *udito dire,* dall'opinione generale, per es., intorno alla rendita che aveva l'autore del minorenne, al valore del suo mobiliare, all'ammontare del numerario ch'egli possedesse, ecc. Si aggiungeva a ciò un argomento di analogia, dedotto dalle disposizioni degli articoli 1415, 1442, 1504 dello stesso codice Francese, pei quali, in materia di comunione di beni tra coniugi,

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. 1, pag. 358, obs. III; Marcadé, art. 451, § 3, t. II, n. 250; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 6; Demolombe, t. VII, n. 569, 1.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 611.

stabilivasi che mancando l'inventario la prova non solo del valore, ma anche *dell'esistenza dei beni ed effetti comuni* potesse farsi tanto con documenti pubblici o scritture private, quanto con testimoni, *ed anche per pubblica fama.*

Questa dottrina fu però recentemente combattuta da un illustre giureconsulto (1). Negò egli che la prova *per pubblica fama* potesse considerarsi come conforme al diritto comune, sostenne anzi che fosse tutt'affatto esorbitante da esso: osservando che nelle presunzioni vi è un fatto conosciuto e certo, sul quale il magistrato si fonda, deducendone le conseguenze, per risalire ad un fatto ignoto (art. 1349 cod. Franc., e pari numero del cod. civ. Ital.), mentre nella fama pubblica non si riscontra alcun fatto veramente accertato, tutto si riduce a semplici *udito dire*, a rumori vaghi, che spesso mancano di qualunque fondamento. Ne dedusse che, dunque, se per qualche caso la legge aveva ammesso questo mezzo di prova per *pubblica fama*, non erano però che vere e proprie eccezioni, da non potersi quindi estendere per analogia. A noi veramente pare meglio fondata quest'ultima opinione; ed osserviamo inoltre come nella legislazione nostra manchi perfino quell'argomento di analogia, a cui l'opinione prevalsa in Francia avea potuto appoggiarsi. Noi non abbiamo disposizioni che ammettano potersi provare la consistenza d'un patrimonio per pubblica fama, in mancanza d'inventario. E se nel caso speciale di scioglimento e divisione della comunione, che abbia esistito tra coniugi, troviamo ammesso che la moglie o gli eredi di lei, ripetendo il valore delle cose mobili spettanti alla moglie stessa ed escluse dalla comunione, ma che non si trovino più in natura al tempo della divisione, possano fare una *prova per notorietà* (art. 1445, § ultimo, cod. civ.), vediamo però che una tale prova non ha per oggetto la spettanza di quelle cose alla moglie, ma unicamente *il loro valore.*

(1) V. LAURENT, t. V, n. 11, pag. 17, 18.

Fu anche insegnato, come una delle conseguenze derivabili a carico del tutore dall'avere assolutamente ommesso l'inventario, " *ch'egli potrebbe essere dichiarato irricevibile a* " *reclamare il pagamento dei crediti*, che in seguito preten- " desse appartenergli verso il minore, *qualora gravi presun-* " *zioni insorgessero contro la sincerità di tali crediti* „ (1). Con ciò si riterrebbe, in sostanza, applicabile al tutore, che sia in colpa per non aver fatto procedere all'inventario, quella stessa decadenza dai suoi diritti che gli era minacciata dall'articolo 451 del codice Francese, e gli è dall'articolo 286 del codice Italiano, qualora interpellato dall'ufficiale pubblico, procedente all'inventario, non abbia dichiarati i crediti ch'egli abbia verso il minore. Solamente, poichè non vi è qui l'interpellazione, che tolga ogni scusa al tutore e, per avere egli risposto scientemente contro verità di non avere crediti verso il minore, giustifichi la pena contro lui pronunciata della decadenza dai crediti stessi, si è pensato di sostituire a quella una condizione diversa, che cioè la sincerità dei crediti del tutore sia indubbiata da gravi presunzioni.

Tutto ciò, per altro, sembra a noi che sia un aggiungere alla legge, ed aggiungervi in una materia di eccezione, nella quale ogni estensione della disposizione legislativa è impossibile. È un'eccezione infatti il proclamare la decadenza del tutore da diritti di credito realmente esistenti in suo favore. Questa decadenza ha potuto essere pronunciata nel caso dell'art. 286, fondandola su quella confessione di inesistenza dei crediti, che si ritenne risultare dalla risposta data dal tutore all'interpellazione fattagli dall'ufficiale pubblico procedente all'inventario, o sopra una tacita rinunzia emergente dalla risposta medesima. Ma nulla di ciò può trovarsi nella semplice circostanza negativa di avere ommesso l'inventario. Ciò stesso dimostra dunque che non vi è neppure tra i due casi quell'analogia, da cui si vorrebbe

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 569, 3.

argomentare. Si suppongono esistenti gravi indizi di non sincerità dei pretesi crediti del tutore, e si considera come concorrente con essi un'altra presunzione, dedotta appunto dalla circostanza d'avere il tutore ommesso di fare l'inventario. Ebbene, se questa e l'altre circostanze particolari del caso varranno a costituire un cumulo di presunzioni gravi, precise e concordanti, tali in complesso da indurre nell'animo dei giudici, a loro prudente criterio, la convinzione che i crediti accampati dal tutore siano simulati od estinti, sarà caso di pronunciare una dichiarazione corrispondente, assolvendo il tutelato dalle domande del tutore stesso. Ma altro è respingere così in merito codeste domande, ed altro dichiararle, come si vorrebbe, *irricevibili*, solo perchè non sia stato fatto l'inventario, e vi siano gravi ragioni di sospetto sulla sincerità dei crediti del tutore.

183. È regola antica, e della cui saggezza non è dubbio, che il tutore non possa porre definitivamente mano al pieno governo dei beni del minore, se non dopo compiuto l'inventario (L. 7 ff. *de adm. tut.*). Questo altrimenti non otterrebbe più intieramente lo scopo suo; giacchè il tutore potrebbe fare atti importanti, forse gravemente lesivi degl'interessi del minore, senzachè la responsabilità di lui fosse ancora esattamente determinata mediante l'accertamento autentico dei beni che debbono formarne oggetto. Tuttavia l'interesse medesimo del tutelato esige che il tutore, anche nel frattempo, abbia non solo la facoltà, ma l'obbligo di fare tutti quegli atti che siano urgenti e indispensabili. Senza di ciò volgerebbesi a danno reale del minore una cautela, che fu opportuno introdurre per proteggerlo. Da codesti intenti fu ispirata la seguente disposizione dell'art. 289 del codice civile Italiano: " Prima che sia compiuto l'inventario, l'amministrazione del tutore deve limitarsi agli affari che non ammettono dilazione ". Nel senso della quale disposizione

è chiaro non potersi considerare come compiuto l'inventario, se non quando sia stato eseguito tutto ciò che è necessario per attribuirgli a norma di legge piena fede, e farne constare autenticamente la consistenza di tutto il patrimonio del minorenne. Ci par quindi certo, che solo dopo il deposito dell'inventario in pretura, e la dichiarazione giurata della sua sincerità per parte del tutore e del protutore, potrà incominciare definitivamente il vero e pieno esercizio della tutela quanto al governo dei beni del minorenne. La legge ci dice però che anche prima di questo momento il tutore amministra, ma l'amministrazione sua deve limitarsi agli affari che non ammettono dilazione; ciò che è la riproduzione precisa del testo della legge romana: " nihil gerere, ante inventarium factum, " tutorem oportet, nisi *quod dilationem nec modicam expectare possit* „. La quale impossibilità di ritardo deve intendersi, com'è manifesto per lo spirito della legge, diretta sempre alla protezione degl'interessi del minore, non tollerante mai del sacrificio di essi, non già in un senso assoluto, ma relativo ad un danno notevole, che dal differire quei determinati atti fosse per derivare. Basta quindi che l'indugiare porti con sè il pericolo, prevedibile dalla ordinaria prudenza di buon padre di famiglia, d'un pregiudizio considerevole agl'interessi del minore, perchè il tutore sia abilitato ad agire prima ancora del compimento dell'inventario. Ma se pericolo di danno non vi sia, non sarebbe sufficiente che il ritardo potesse fare svanire l'occasione propizia ad un contratto vantaggioso, da cui fosse sperabile un lucro, sebbene considerevole, pel minore. La speranza, per quanto prudentemente fondata, d'un vantaggio, che potrebbe anche non verificarsi, non giustificherebbe la derogazione al rigor della legge, che a guarentia del minore volle l'astensione del tutore, fino a che non fosse compiuto l'inventario, *per tutto ciò che ammetta dilazione*, che, cioè, possa differirsi senza danno.

La parola *amministrazione*, usata nel testo, deve intendersi nel senso ristretto della semplice amministrazione ordinaria, o come comprensiva anche degli atti di disposizione dei beni? Non dubitiamo di quest'ultima interpretazione. La legge ha parlato di *amministrazione* nel più ampio significato di questa parola. Vi ha compreso anche l'*amministrazione* semplice; chè sarebbe contraddittorio alla lettera stessa della disposizione il ritenere diversamente, e d'altra parte anche per un atto di amministrazione ordinaria, per una locazione, ad esempio, non eccedente il novennio, non vi sarebbe motivo bastante per decampare dalla regola che il tutore, prima del compimento dell'inventario, non possa esercitare l'ufficio suo, salvochè vi fosse urgenza. Vi ha dovuto comprendere anche gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria, giacchè per essi vi era anzi maggior ragione d'imporre al tutore una simile astensione. Ma quando si tratti di atti che non ammettano dilazione, la facoltà di procedervi anche prima del compimento dell'inventario si estende eziandio a quelli di disposizione dei beni del minorenne, salvo, s'intende, il doversi adempiere quelle formalità abilitanti, che per tali atti siano generalmente richieste dalla legge.

L'articolo 289 del codice vigente è identico al 258 del progetto presentato dal Ministro. Su di che però la Commissione del Senato apportava una modificazione, soggiungendo, ad imitazione dell'art. 324 cod. Alb., che “ nulla-
“ dimeno gli atti anteriori al compimento dell'inventario,
“ fatti (dal tutore) anche fuori del caso predetto (di urgenza)
“ potranno sortire il loro effetto, ove siano utili al minore „ (art. 302 del prog. Sen.).

E di ciò rendevasi ragione osservando “ essere questa
“ un'applicazione del principio dominante in questa ma-
“ teria, secondo il quale il tutore può sempre far migliore,
“ non deteriore la condizione del minore „ (1).

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 84.

Nella redazione definitiva quest'aggiunta scomparve: ma, crediamo, non certo perchè s'intendesse di rifiutare la massima che vi era enunciata; bensì piuttosto per essersi reputato superfluo l'esprimere un principio di tanta evidenza, quale è questo, che il tutore possa fare prima del compimento dell'inventario ciò che è lecito anche a qualunque persona estranea alla tutela, in qualità di gestore d'affari.

Gli atti, che il tutore avesse fatti prima del compimento dell'inventario, e che eccedessero i limiti tracciati dall'articolo 289 cod. civ., sarebbero manifestamente nulli, per difetto di poteri legali nel tutore stesso.

II.

Della cauzione.

Sommario. — 184. Principii fondamentali intorno all'obbligo, che di regola spetta al tutore, di dare cauzione. — 185. Casi eccezionali, in cui ne è dispensato per legge, o può esserne dispensato dal consiglio di famiglia. — 186. Modi in cui il tutore può soddisfare a quest'obbligo suo. — 187. Facoltà attribuite al consiglio di famiglia in ordine alla determinazione della cauzione. — 188. Revocabilità delle deliberazioni prese in proposito dal consiglio predetto.

184. Tra le innovazioni commendevoli, introdotte in questa parte del diritto dal legislatore italiano, non è ultima quella concernente la cauzione tutelare. Importava che l'interesse del tutelato fosse sufficientemente guarentito con mezzi efficaci di assicurazione della responsabilità assunta dal tutore; ma importava eziandio che quest'ultimo, a cui è addossato un gravoso ufficio pubblico e gratuito, non avesse a trovarsi inoltre pregiudicato da un vincolo eccessivo, che per titolo di guarentia s'imponesse sui beni suoi; e d'altra parte le ipoteche legali di tutela inceppando una enorme massa di beni, con danno manifesto del credito pubblico, era anche d'interesse generale il diminuire la necessità e limitare la estensione di un tale vincolo, per quanto ciò fosse possibile senza esporre a

pericolo la sicurezza dei diritti dei tutelati. Tale fu lo scopo generale, che il legislatore nostro si propose di conseguire in questa parte delle sue disposizioni.

I codici precedenti eransi limitati a stabilire in vantaggio dei minori e degl'interdetti una ipoteca legale, che colpiva generalmente i beni sì presenti che futuri dei tutori, e che da alcuni di quei codici era inoltre tenuta esente dall'obbligo della iscrizione sui pubblici registri di conservazione delle ipoteche (art. 2121, § 2; 2122, 2135, n. 1, cod. Napoleone; 2007, § 2; 2008, 2021, n. 1, cod. Due Sicilie; 2171, 2172, § 2; 2186, 2188 cod. Parmense; 2174, 2176, 2215 cod. Albertino; 2167, 2172, 2186, 2189 cod. Estense). Il codice Austriaco (§ 237) dichiarava non obbligato il tutore a dar cauzione, nè all'atto di assumere la tutela, nè nel corso di essa, finchè adempisse esattamente i proprii obblighi, e rendesse ai debiti tempi i conti regolari della sua amministrazione.

Il legislatore italiano mantenne bensì l'ipoteca legale a favore del minore e dell'interdetto sui beni del tutore (articolo 1969, n. 3, cod. civ.); ma avendo saggiamente voluta l'applicazione rigorosa e piena dei principii di specialità e pubblicità nel regime ipotecario, ciò stesso lo spinse imprescindibilmente ad importanti modificazioni anche in questa particolarità dell'ipoteca legale tutoria. Essa non poteva più comprendere i beni presenti e futuri, con una estensione che in molti casi diveniva illusoria, in moltissimi altri riusciva di aggravio soverchio ed ingiustificato pel tutore. E d'altra parte, per la combinazione dei principii di pubblicità e di specialità, richiedendosi che nell'atto d'iscrizione della ipoteca si dovesse enunciare la somma per la quale essa veniva presa, ed indicare specificatamente i beni che ne fossero colpiti, mentre era impossibile tracciare intorno a ciò per legge norme direttive generali, nè sarebbe stato giusto nè prudente rimettersi all'arbitrio del tutore, che sarebbe interessato a limitare di troppo il vincolo dei proprii beni, o del protutore, che potrebbe all'opposto estenderlo

soverchiamente in odio del tutore; era quindi giusto ed opportuno il deferire alle determinazioni da prendersi all'uopo da un'autorità superiore ed imparziale, qual'è il consiglio di famiglia, che con prudente criterio, e prendendo norma dalla specialità delle circostanze, adottasse tali temperamenti da assicurare al tutelato guarentigie sufficienti, ed evitare ad un tempo ogni soverchio aggravio pel tutore. Più ancora; il lodevole intento di evitare, quando fosse possibile, il vincolo de' beni immobili ad una ipoteca, suggerì di obbligare semplicemente il tutore a dare una cauzione, da riconoscersi sufficiente, in base della somma determinata dal consiglio di famiglia, lasciando al tutore medesimo la scelta del mezzo, e ricorrendo alla iscrizione della ipoteca legale sui beni di lui, solo pel caso che nessun altro modo di cauzione accettabile fosse stato da lui offerto. Così la facoltà, lasciata al tutore, di scegliere come meglio gli giovi il modo di dare la cauzione, a cui è obbligato, la semplice sussidiarietà dell'ipoteca legale — la quale sussiste bensì sempre per virtù diretta e generale della disposizione di legge, ma non può essere attivata mediante l'iscrizione sui registri pubblici, nè esercitata coll'azione ipotecaria corrispondente, se non in mancanza d'altri mezzi di cauzione — e infine i poteri attribuiti al consiglio di famiglia per determinare la somma, a concorrenza della quale debba essere data la cauzione, e i beni, che in mancanza d'altro debbano essere assoggettati all'ipoteca legale del tutelato; sono, a veder nostro, i tre principali punti del sistema adottato dalla legge italiana in questo importante argomento della cauzione tutelare. Intendimenti conformi furono infatti espressamente manifestati dal Ministro nel presentare il progetto del codice al Senato (1).

« Un'altra difficoltà, ivi è detto, si presentò nel modo « di cautelare il minore, per la responsabilità che il tutore « può incontrare nell'amministrazione della tutela.

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 26, 27.

“ Essendo questo un ufficio pubblico, di regola obbliga- “ torio e sempre gratuito, non sembrava conforme a giustizia “ aggravare di troppo la condizione dei tutori, sottoponendo “ di diritto tutti i loro beni ad ipoteca, cautela questa che “ può d'altronde essere effimera, quando il tutore non abbia “ beni immobili, o quando il valore di essi trovisi già as- “ sorbito da altre ipoteche.

“ Per guarentire il minore, senza imporre un vincolo “ eccessivo pel tutore, si è cercato di diminuire per quanto “ fosse possibile le occasioni al tutore di rimanere in debito, “ limitando le sue attribuzioni, ed estendendo la vigilanza “ del consiglio di famiglia

. .

“ Riguardo alla cautela in sè stessa considerata, si è ri- “ conosciuto essere talmente varie le circostanze, da non “ potersi stabilire alcun precetto generale ed invariabile. “ Una cautela che in alcuni casi può parere soverchia, in “ altri può essere insufficiente; era quindi necessario di “ lasciare ampia facoltà al consiglio di famiglia, il quale, “ sia come corpo deliberante, sia per le persone che lo “ compongono, deve ispirare piena confidenza.

“ Il tutore può dare la cauzione in quel modo che più “ gli conviene; quando egli non sceglie un modo speciale “ di cautela si ricorre al mezzo dell'ipoteca sopra i beni “ di lui, lasciando alla prudenza del consiglio di compren- “ derli tutti, o soltanto una parte, ed incaricando il pro- “ tutore di procedere alla corrispondente iscrizione. Ma “ affinchè la cauzione sia praticamente possibile, è neces- “ sario che il consiglio di famiglia ne determini la somma; “ non potrebbe altrimenti il tutore presentare una cauzione “ stimata sufficiente, nè si potrebbe procedere ad una iscri- “ zione ipotecaria „.

La disposizione dell'art. 292, § 1, così concepita: “ Il tu- “ tore, che non sia l'avo paterno o materno, è tenuto a dare “ cauzione, se non è dispensato dal consiglio di famiglia, “ con deliberazione che sarà sottoposta all'omologazione

“ del tribunale „ riguarda senz'alcun dubbio l'ordine pubblico, giacchè ha per oggetto le guarentie necessarie ad assicurare gl'interessi e i diritti degl'incapaci sottoposti a tutela. Ciò dovrebbe bastare, a senso nostro, per rendere inefficace ogni disposizione privata, colla quale si volesse derogare in qualunque modo a tale guarentia (art. 12 disposizioni preliminari). La legge obbliga alla cauzione tutti i tutori, senza distinguere se siano testamentari o dativi; ne dispensa di diritto i soli tutori legittimi, cioè l'avo paterno o materno; ed al solo consiglio di famiglia concede la facoltà di poterne dispensare gli altri tutori, testamentari o dativi, sotto la condizione inoltre che la deliberazione del consiglio predetto venga omologata dal tribunale.

La disposizione, colla quale l'ultimo superstite dei genitori, nominando un tutore testamentario al proprio figlio lo dispensasse dal prestare cauzione, o quella colla quale taluno, istituendo erede il minore, dispensasse il tutore dalla cauzione per quanto potesse riguardare i beni lasciati al minore stesso, derogherebbero dunque arbitrariamente ad una legge d'ordine pubblico, privando il minore d'una importante guarentigia ch'essa volle assicurargli, senzachè si verificassero i casi di dispensa tassativamente ammessi dalla legge medesima, nè concorressero i richiesti provvedimenti da emanarsi dal consiglio di famiglia e dall'autorità giudiziaria. Ciò sembra a noi della massima evidenza; talchè non sapremmo accostarci all'opinione manifestata da uno scrittore, il quale vorrebbe attribuire al genitore questa facoltà di dispensare dalla cauzione il tutore da lui nominato ai proprii figli (1). Questo autore argomenta da ciò, che, a suo avviso, il consiglio di famiglia non sia chiamato che *a rimpiazzare l'autorità del genitore che non è più*, con poteri talora più limitati, giammai più estesi di quelli del genitore stesso; donde deduce che sia illogico negare al genitore, che ha maggiori poteri, ed è in grado di meglio

(1) V. Ricci, vol. I, n. 435, pag. 563.

conoscere quanto convenga ai proprii figli, ciò che è concesso al consiglio di famiglia, le cui facoltà sono più ristrette. Se anche codeste riflessioni potessero ammettersi per buone, varrebbero tutt'al più pel diritto costituendo; ma esse ci sembrano inoltre affatto inesatte. L'autorità del consiglio di famiglia non subentra in luogo di quella del genitore all'aprirsi della tutela. Sono due missioni affatto disparate, tra le quali perciò non si può pretendere d'istituire un confronto di più e di meno. La cura della persona del minore, la rappresentanza di lui negli atti civili e l'amministrazione dei suoi beni, che durante la patria potestà spettano a chi la esercita, cessata quella, passano al tutore, non al consiglio di famiglia. Questo invece ha attribuzioni di vigilanza e direzione sull'esercizio che fa il tutore del proprio ufficio, alle quali è impossibile di pensare finchè dura la patria potestà, che è incompatibile collo stato di tutela, e neppure può lasciar luogo alla costituzione del consiglio di famiglia. E nemmanco ci sembra esatta l'altra affermazione che il genitore possa meglio conoscere ciò che convenga all'interesse dei figli, in ordine alla cauzione a cui sarebbe tenuto il tutore ad esso nominato; giacchè l'opportunità della determinazione da prendersi può dipendere in gran parte anche dallo stato di fortuna del minore, che esisterà al tempo dell'apertura della tutela, e che sarà accertato mediante l'inventario. Oltre di che la dispensa del tutore dalla cauzione dipende, secondo l'art. 292 cod. civ., non dalla sola deliberazione del consiglio, ma eziandio dalla omologazione che ne faccia il tribunale; la quale ulteriore garanzia, che mancherebbe affatto qualora si concedesse al genitore di poter dispensare dalla cauzione il tutore da lui nominato, non permette al certo di asserire che meglio potesse aver giudicato nell'interesse del minorenne il genitore di lui, ordinando la dispensa del tutore dalla cauzione, forse molti anni prima dell'apertura della tutela, di quel che possano fare con determinazioni concordi il consiglio di famiglia e il tribunale, pronunciando

con piena cognizione dello stato attuale di fortuna del minorenne e di quello del tutore. Quanto a noi, reputeremmo dunque che una dispensa dalla cauzione, ordinata a favore del tutore testamentario dal genitore che lo avesse nominato, non potesse avere alcuna efficacia, se non in virtù di una deliberazione conforme del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale, a norma dell'articolo 292 codice civile.

185. Vi è caso, come già avvertimmo, in cui la legge stessa dispensa di diritto dall'obbligo della cauzione, ed è quando sia tutore l'avo paterno o l'avo materno (d.° articolo 292 cod. civ.).

Questa parte della citata disposizione fu però soggetta a qualche modificazione, che non è senza interesse il notare, a confronto dei progetti sui quali l'attuale codice fu compilato. Le differenze derivarono dai diversi sistemi che si erano preferiti in ordine all'apertura ed al deferimento della tutela. Il progetto ministeriale, che, avvenendo la morte dell'uno o dell'altro dei genitori faceva luogo all'aprimento della tutela dei figli minori non emancipati, e la deferiva di diritto *al genitore superstite* (art. 208), dichiarava tenuto a dare cauzione, se non ne fosse dispensato dal consiglio di famiglia, *il tutore che non fosse il padre o la madre* (art. 262).

Il progetto modificato dalla Commissione Senatoria, che solo per la morte, la dichiarazione d'assenza, o la perdita della patria potestà da parte del padre, faceva aprire la tutela dei figli minori non emancipati, e la dichiarava appartenente di diritto alla madre (art. 250 e 251), stabiliva poi doversi dare cauzione *dal tutore, che non fosse la madre o l'avo paterno* (art. 306).

Nel codice attuale essendosi limitato l'aprimento della tutela ai casi di morte, dichiarazione di assenza, o privazione della patria potestà per condanna penale di ambidue i genitori (art. 241 cod. civ.), non era più caso di parlare

della madre tutrice, che avesse ad essere dispensata dalla cauzione; ma accettando la dispensa di diritto, che il progetto senatorio ne accordava all'*avo paterno*, quale tutore legittimo del minorenne, si riconobbe giusto lo estenderla per identità di motivi anche all'*avo materno* (1).

La deferenza dovuta agli ascendenti del tutelato, la garanzia morale che offre il naturale affetto verso i loro discendenti, i diritti di successione, e specialmente di legittima, che loro appartengono sullo stesso patrimonio che hanno ad amministrare in qualità di tutori (art. 739, 740, 807 cod. civ.) spiegano infatti abbastanza la dispensa dalla cauzione in tali casi.

Questi motivi sono evidentemente comuni anche al caso della tutela legale esercitata, a termini dell'art. 184 codice civile, sul figlio naturale minore di età, dal genitore che lo ha riconosciuto. Tuttavia la identità di motivi non basterebbe per autorizzare la estensione d'una disposizione di legge tassativa, quale è di natura sua quella, che per eccezione alla regola generale d'ordine pubblico richiedente da ogni tutore una cauzione, ne dispensa di diritto soltanto l'avo paterno o materno. Senonchè pare a noi, che il testo medesimo della legge contenga gli elementi d'una dimostrazione irrefutabile che i genitori naturali, aventi la tutela legale dei figli da essi riconosciuti, non possano ritenersi compresi nella disposizione dell'art. 292, che obbliga i tutori in generale a dare cauzione. Sappiamo, innanzi tutto, dallo stesso art. 184, § 3, che la tutela legale dei genitori naturali non va soggetta alle norme comuni della tutela, ma a quelle della patria potestà, espressamente richiamate nella citata disposizione. Eppoi ci sembra decisiva questa considerazione, che secondo lo stesso art. 292 il sistema della cauzione tutelare è collegato imprescindibilmente alla istituzione del consiglio di famiglia, il quale è escluso dalla tutela legale dei genitori naturali (art. 261, § 1, cod. civ.).

(1) V. Proc. verb., n. 18, § 6, pag. 192.

Non altri che il consiglio di famiglia ha i poteri per determinare la somma della cauzione, indicare i beni da sottoporsi sussidiariamente ad ipoteca, dispensare, se ne sia caso, il tutore dalla cauzione. Se si ritenesse che anche il genitore naturale dovesse andar soggetto alla regola generale, che obbliga i tutori a prestar cauzione, la legge non darebbe per questo caso i mezzi onde applicarla, mancando il consiglio di famiglia o di tutela, da cui solo potrebbero emanare i relativi provvedimenti; e il genitore avente la tutela legale si troverebbe in condizioni non identiche, ma peggiori degli altri tutori, poichè non essendovi consiglio di tutela, nessuno potrebbe concedergli quella dispensa che pure è ammessa dall'art. 292 (1).

Ma altri casi possono presentarsi, che al legislatore sarebbe stato impossibile di prevedere tutti e comprendere sotto norme generali, nei quali tuttavia si dimostri la convenienza di dispensare assolutamente il tutore dall'obbligo di dare cauzione; perchè non essendo egli in grado di somministrarla sufficiente, o non potendolo senza notevole dissesto dei proprii affari, offra nondimeno nella propria moralità conosciuta una garanzia sufficiente, nè d'altronde sia conveniente per l'interesse medesimo del minore il privarlo di un amministratore capace ed avente forse una conoscenza speciale degli affari di lui. Da queste considerazioni fu mosso il legislatore a permettere al consiglio di famiglia di dispensare il tutore dalla cauzione; senza porre distinzione alcuna tra i casi in cui si tratti di tutore testamentario o dativo, senza stabilire veruna limitazione di condizioni, senza dettar norme colle quali si volesse regolare la determinazione con cui si conceda o si neghi la dispensa; perchè realmente sarebbe stato impossibile il prevedere le contingenze particolari dei casi, le quali possano determinare la deliberazione del consiglio di famiglia; alla prudenza e saggezza delle cui decisioni il legislatore

(1) V. vol. VI, parte II; n. 154*bis*, V, pag. 463.

ha d'altronde potuto e voluto deferir molto, in considerazione della piena confidenza che quel consiglio ispira, sia come corpo deliberante, sia per le persone che lo compongono, sia per l'ingerenza diretta che vi prende il giudice, e l'influenza ch'egli vi esercita come presidente. Le quali ragioni già trovammo espresse in un brano, che sopra riferimmo, della relazione ministeriale.

Il primo progetto, però, abbandonava alla sola deliberazione del consiglio di famiglia la risoluzione del punto, se il tutore dovesse dare cauzione, o avesse ad esserne dispensato. Ma la Commissione del Senato, al fine di rimuovere ogni dubbio che il consiglio di famiglia potesse talvolta, per riguardi personali, essere troppo facile ad accordare una dispensa, la quale riuscisse a compromettere la fortuna del minore, stabilì che la deliberazione, colla quale il consiglio dispensasse il tutore dalla cauzione, dovesse essere sottoposta, per la gravità del suo oggetto, all'approvazione del tribunale (1); e questa aggiunta alla disposizione dell'art. 262 del progetto ministeriale fu mantenuta nella compilazione definitiva del codice. Così la deliberazione, con cui il consiglio di famiglia esoneri il tutore dalla cauzione, non diventa esecutiva, nè produce veramente e definitivamente l'effetto della dispensa, se non dopo che il tribunale abbia emanata l'omologazione.

Poichè però unico motivo di richieder questa fu il sospetto di troppo facili condiscendenze da parte dei consigli di famiglia nel concedere le dispense dall'obbligo della cauzione, che i tutori domandassero, e il timore dei gravi danni che ne potevano derivare ai minori, è chiaro dunque che all'opposto la deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia respingesse la domanda di dispensa, avrebbe di per sè piena efficacia in virtù del solo potere discrezionale attribuito dalla legge al consiglio stesso, nè dovrebb'essere sottoposta al tribunale per l'omologazione; il che d'altronde

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 84.

risulta manifestissimamente anche dalle espressioni stesse del testo. La quale riflessione reputiamo poter essere di qualche utilità nella risoluzione d'un dubbio che si è presentato. Si è chiesto: se essendo respinta la domanda del tutore per dispensa dalla cauzione, o in forza di deliberazione contraria del consiglio di famiglia, o perchè della deliberazione favorevole, ch'esso abbia presa, sia stata rifiutata l'omologazione dal tribunale, il tutore abbia aperta la via ad un ricorso in via contenziosa. E mentre fu giudicato in senso affermativo, fondandosi sul principio che chi vegga offeso un proprio diritto da un provvedimento quale che sia, possa sempre impugnarlo giudizialmente, fu osservato per l'opinione contraria, che qui non si tratti d'un diritto del tutore ad essere dispensato dalla cauzione, ma di una concessione, che può essergli fatta facoltativamente, e all'esercizio di tale facoltà avendo d'altronde competenza esclusiva il consiglio di famiglia, non sia lecito all'autorità giudiziaria l'interloquirvi (1). A noi pure sembra evidente che non sia possibile scorgere la lesione d'un diritto del tutore nella deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia respinga la domanda di quella dispensa dalla cauzione, ch'era in facoltà del consiglio medesimo di concedere o negare. A rigore di termini non potrebbe anzi dirsi che, nonchè un diritto, nemmeno un semplice interesse del tutore rimanesse in ciò veramente *offeso*, sebbene non venisse soddisfatto. Perciò non reputeremmo accettabile così assolutamente la massima, che il tutore potesse sempre ricorrere in via contenziosa contro la reiezione della sua domanda per dispensa dalla cauzione. Ma neppur crediamo da adottarsi l'opinione completamente opposta, che a ricorso giudiziale non possa esservi luogo mai. E prima di tutto pare a noi che sia da evitare di confondere, quasichè dovessero essere soggetti a norme perfettamente identiche, i due casi di deliberazione negativa del consiglio di famiglia,

(1) V. Ricci, vol. I, n. 435, pag. 562, 563.

e di rifiuto di omologarne la deliberazione favorevole, per parte del tribunale. Sono ben differenti tra queste due ipotesi le regole da applicarsi, secondo le teorie che abbiamo svolte trattando dei mezzi coi quali possono essere impugnati gli atti del consiglio di famiglia.

Supponendo che questo abbia deliberato *ad unanimità* di non concedere al tutore la dispensa dalla cauzione, non vi sarà certo alcun mezzo per impugnare una tale deliberazione (1). Ma se invece la stessa determinazione sia stata presa a sola maggioranza di voti, diverranno applicabili le disposizioni degli art. 260, § 2, cod. civ., ed 815 proc. civ., poichè concorreranno i requisiti in esse indicati, trattandosi di deliberazione non unanime, nè soggetta ad omologazione, la quale è necessaria per far luogo a dispensa dalla cauzione, non per negarla. Nè vale obbiettare che nella specie del caso *non si tratti soltanto d'una facoltà, ma di tale facoltà, ad esercitare la quale abbia competenza esclusiva il consiglio di famiglia, sicchè l'autorità giudiziaria commetterebbe un atto arbitrario concedendo dispensa dalla cauzione non ostante il voto contrario del consiglio di famiglia.* Sì, veramente; è un atto di autorità esercitato dal consiglio di famiglia in virtù di un potere discrezionale conferitogli dalla legge, quello con cui esso respinge la domanda del tutore per essere dispensato dalla cauzione. Ma sappiamo che anche tali atti cadono nella generalità delle disposizioni degli articoli 260, § 2, cod. civ. ed 815 proc. civ., che senza distinzione alcuna permettono d'impugnare le deliberazioni del consiglio non soggette ad omologazione, e prese a maggioranza di voti (2). E quanto all'asserzione, che l'autorità giudiziaria commetterebbe un arbitrio concedendo la dispensa dalla cauzione, che la maggioranza del consiglio di famiglia avesse negata, non abbiamo che a riferirci alle considerazioni già esposte in altro luogo, e

(1) V. sopra, n. 84, pag. 333 e segg.
(2) V. sopra, n. 85, pag. 341 e segg.

dalle quali ci parve dimostrato che quando il tribunale accolga il ricorso promosso contro una deliberazione non unanime del consiglio, sebbene relativa ad atti di autorità da questo esercitati in virtù d'un suo potere discrezionale, non deve limitarsi ad annullare la deliberazione impugnata, ma pronuncia esso stesso ordinando ciò che reputa opportuno a farsi nell'interesse del minore (1).

Nell'altra ipotesi, che il consiglio di famiglia abbia conceduta al tutore la dispensa dalla cauzione, ma il tribunale, a cui sia sottoposto questo deliberato per la omologazione, la rifiuti, sappiamo già come, appunto perchè si tratta di deliberazione soggetta ad omologazione, non si possa fare luogo ad un vero giudizio d'impugnazione, ma il procedimento abbia a farsi unicamente in via di opposizioni alla omologazione stessa, e il pronunciato del tribunale non assuma quindi il carattere vero e proprio di sentenza, ma abbia soltanto quello di un semplice provvedimento, impugnabile mediante reclamo all'autorità giudiziaria superiore nelle forme a cui si riferisce l'art. 781, § 2, del codice di procedura civile (2).

186. Già notammo in principio di questo argomento la saviezza ed utilità del sistema introdotto dalla nostra legislazione intorno ai modi della cauzione, che sono regolati dalla seguente disposizione dell'art. 292, § 3:

“ Quando il tutore non preferisca un altro modo di
“ cauzione, il consiglio di famiglia indicherà quei beni
“ del tutore, sui quali dovrà iscriversi l'ipoteca legale „.

Il tutore deve dunque prestarsi ad una cauzione sufficiente per la somma determinata come necessaria dal consiglio di famiglia. Ma purchè ciò adempia, e l'interesse del minore sia quindi abbastanza assicurato, la legge lascia al tutore stesso amplissima facoltà di sce-

(1) V. sopra, n. 92, pag. 379 e segg.
(2) V. sopra, n. 76, pag. 294, 295.

glierne il modo, affinchè egli possa preferir quello che gli torni meno gravoso, meno pregiudizievole ai suoi interessi, i quali vengano in tal guisa equamente conciliati con quelli del minore. Solo *quando il tutore non preferisca un altro modo di cauzione*, devesi attivare l'ipoteca, che la legge impone di diritto sopra i beni del tutore (art. 1969, n. 3, cod. civ.); e all'uopo appunto di tale attivazione spetta al consiglio di famiglia d'indicare i beni sui quali abbia a prendersi la iscrizione, di cui hanno obbligo il tutore stesso, il protutore e il cancelliere che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia; sotto pena dei danni, d'una multa estensibile a lire mille, e, secondo i casi, anche della rimozione quanto al tutore ed al protutore (art. 1983, 1984 codice civile).

Il modo più naturale di cauzione sarebbe di prestarla mediante fideiussione; ma nella libertà di scelta che spetta al tutore, egli può anche dar la cauzione depositando nella cancelleria denaro o rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, al valore nominale, od a quello da stabilirsi, qualora il valore nominale fosse superiore a quello di borsa (arg. art. 329, 330 cod. proc. civ.). A chi spetterà il riconoscere la sufficienza, o meno, della cauzione offerta dal tutore, e quindi anche il determinare, d'accordo col tutore stesso, se sia possibile, l'aumento da farsi nella cauzione, quando essa sia data in rendita pubblica, il cui valore nominale sia superiore a quello di borsa? Il testo non risponde a questa domanda; ma sembra conforme allo spirito della legge, la quale ha affidato al consiglio di famiglia ogni attribuzione relativa a determinare la cauzione, il ritenere che anche il riconoscere la sufficienza di quella offerta dal tutore spetti al consiglio medesimo. Ben s'intende che la deliberazione, che questo prendesse in proposito, non potrebbe imporsi irreparabilmente al tutore, quand'egli la reputasse lesiva dei proprii interessi; nel qual caso potrebbe ricorrere in via contenziosa all'autorità giudiziaria, quand'anche la

deliberazione del consiglio fosse stata unanime. Il reclamo del tutore non sarebbe infatti allora da riguardarsi come diretto contro un semplice atto di autorità del consiglio di famiglia, ma si fonderebbe sopra una violazione della legge in danno del reclamante, inquantochè avendo egli soddisfatto all'obbligazione, che la legge medesima gl'imponeva, di dare una cauzione sufficiente, il consiglio si rifiutasse di riconoscer ciò, e pretendesse un garanzia ulteriore, od avesse ordinata in supplemento l'iscrizione dell'ipoteca.

Il modo di cauzione offerto dal tutore, a termini delle citate disposizioni del codice di procedura civile, non potrebb'essere rifiutato dal consiglio di famiglia per altra ragione, che non fosse la insufficienza della cauzione stessa. E quando la insufficienza non fosse per la natura del mezzo di garanzia considerato in sè stesso — come quando si proponesse a fideiussore chi non possedesse beni bastanti a cautela della somma stabilita, secondo il disposto dell'art. 292, § 2, o chi non avesse domicilio nella giurisdizione della corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà (art. 1904, 1905 cod. civ.) — ma per la sola estensione del valore, il modo di cauzione offerto non potrebb'essere rifiutato assolutamente, ma solo farebbesi luogo a ricorrere suppletivamente, per quanto mancasse a guarentire la somma richiesta, al mezzo normale di iscrivere l'ipoteca legale. Ciò almeno sembra voluto dallo spirito della legge, diretto a favorire la massima libertà possibile del tutore nello scegliere quel modo di cauzione che gli riesca meno gravoso.

187. Dalle cose esposte finora risulta già quali siano le varie facoltà attribuite al consiglio di famiglia in ordine alla determinazione della cauzione. Quando esso non abbia reputato opportuno di accordare al tutore la dispensa ch'egli avesse chiesta, o la relativa deliberazione favorevole non abbia riportata la omologazione dell'autorità giudiziaria, *deve determinare la somma per la quale*

abbiasi a dare la cauzione (art. 292, § 2, cod. civ.); e quando poi ad assicurare la somma così stabilita il tutore non proponga un diverso modo di cauzione, o ne offra una che sia insufficiente, il consiglio *deve indicare i beni del tutore, sui quali abbia ad essere iscritta l'ipoteca legale* (art. 292, § 3, cod. civile).

La determinazione della somma per la cauzione è lasciata al prudente criterio del consiglio di famiglia, che pronuncierà tenendo conto della entità ed anche della natura speciale dei valori componenti il patrimonio del minore, più o meno esposti a pericoli di malversazione e di danni. In ciò per altro non dev'essere dimenticato il savio concetto, a cui si è ispirato il nostro legislatore, di *non imporre un vincolo eccessivo al tutore;* pel che, pur volendo *ottenere una guarentigia sufficiente pel minorenne*, si è avuto cura di *diminuire per quanto fosse possibile le occasioni al tutore di rimanere in debito, limitando le sue attribuzioni, ed estendendo la vigilanza del consiglio di famiglia*. Non è dunque certamente al valor complessivo dei beni componenti il patrimonio del tutelato, che debba commisurarsi la somma per la quale abbiasi a richiedere la cauzione; ma solo a quei danni, che non ostante la vigilanza del protutore e del consiglio di famiglia, e i vincoli che la legge ha imposti all'azione del tutore, e le varie cautele che in molti modi furono dalla legge medesima stabilite, possano tuttavia ragionevolmente temersi nel patrimonio predetto, qualora il tutore non soddisfaccia colla debita diligenza alle proprie obbligazioni. Grave per certo e delicata fra tutte è questa incombenza affidata al consiglio di famiglia; la quale, se fosse adempita con trascuratezza od imprudenza, potrebbe esser causa di danni irreparabili pel minore. Il consiglio però, se pronunciando intorno a ciò fa uso di un potere discrezionale, a cui era inevitabile rimettersi, e che la legge gli conferì con piena fiducia, non potrebbe tuttavia imporre la propria determinazione al tutore senza possibilità di reclamo da parte

di lui; chè anzi, quand'anche la deliberazione fosse stata unanime, il tutore avrebbe sempre facoltà d'impugnarla, qualora reputasse eccessiva la somma di cauzione stabilita dal consiglio medesimo. Qui pure, infatti, sarebbe caso di ripetere l'osservazione già sopra fatta; che, cioè, contiene un'effettiva violazione di legge in danno del tutore quella deliberazione, per la quale si pretenda di imporre a lui la cauzione per una somma superiore a quella che, secondo lo spirito della legge stessa, sia sufficiente ad assicurare gl'interessi del tutelato senza imporre un vincolo eccessivo al tutore ed ai beni di lui.

Nel determinare i beni immobili del tutore, sui quali abbia ad iscriversi l'ipoteca legale, il consiglio deve naturalmente fondarsi sulla somma da esso medesimo stabilita per la cauzione, e sul valore dei beni appartenenti al tutore, tenendo conto di quell'ampiezza di garanzia, che prudenza consiglia a richiedere per le eventualità prevedibili di diminuzione nel valore stesso. E poichè l'ipoteca legale del tutelato non va soggetta, secondo la legge, a riduzione, se non quando il valore dei beni colpiti dalla iscrizione superi di un terzo la somma assicurata, e solo in tal caso il detto valore si reputa eccedente la cautela da somministrarsi (art. 2026, 2027 cod. civ.), sembra quindi che fino a tal limite possa il consiglio vincolare all'ipoteca beni d'un valore superiore alla somma di cauzione prefissa, senzachè il deliberato possa considerarsi eccessivo, nè dar luogo a reclamo da parte del tutore.

Quanto ai mezzi per determinare il valore dei beni da assoggettarsi alla iscrizione ipotecaria, non avendone la legge prescritto alcuno, se n'è rimessa, come pel resto, al prudente criterio del consiglio, il quale però dovrà preferire quei mezzi che permettendo un sufficiente accertamento, almeno approssimativo, del valore, non arrechino spese, che dovrebbero ricadere a carico del patrimonio del tutelato; a meno che circostanze particolari inducano la necessità di una stima da commettersi a periti.

Il consiglio può, secondo il bisogno, ordinare l'iscrizione dell'ipoteca legale del tutelato su tutti i beni capaci d'ipoteca appartenenti al tutore, o su alcuni soltanto di essi; e in quest'ultimo caso può scegliere quelli che reputi convenir meglio all'interesse del tutelato medesimo. Però, quando il tutore offrisse per l'iscrizione ipotecaria alcuni determinati beni, che fossero sufficienti, non parrebbe che fosse in facoltà del consiglio l'ordinare invece l'iscrizione sopra altri beni. Ciò veramente potrebbe dirsi conforme alle espressioni letterali della legge, che senza limitazione alcuna attribuisce al consiglio *d'indicare i beni sui quali* debba iscriversi l'ipoteca legale; ma sarebbe contrario al suo spirito, a quella libertà che si volle lasciare al tutore nel prestare la cauzione, affinchè potesse darla nel modo meno gravoso per lui, purchè rimanesse salvo quanto è sostanziale, cioè una sufficiente assicurazione degl'interessi del tutelato.

Anche in ciò che riguarda la determinazione dei beni da sottoporsi all'iscrizione ipotecaria, la deliberazione che il consiglio di famiglia avesse presa sarebbe soggetta a poter essere impugnata in via contenziosa dal tutore che la reputasse gravatoria; giacchè, supposto ciò, essa offenderebbe realmente il diritto del tutore di non essere sottoposto nei suoi beni ad un vincolo maggiore di quello che sia necessario per la sufficiente guarentia del tutelato.

Qualora il tutore nè offrisse cauzione, fideiussoria od altra, bastevole per la somma determinata dal consiglio, nè possedesse beni sufficienti, su cui potesse iscriversi l'ipoteca legale, il consiglio medesimo dovrebbe procedere alla nomina di un nuovo tutore (art. 292, § 3, cod. civ.). Non è questa per certo una rimozione, a cui venga assoggettato colui che non può offrire un'idonea guarentia per l'esercizio dell'ufficio che gli era conferito; nè potrebbe esserlo, dappoichè la remozione suppone sempre una causa colpevole da parte della persona che vi è assoggettata; ma è pure una necessità il sostituire altro tutore

a quello che non è in grado di presentare la sicurezza indispensabile per gl'interessi del tutelato.

Le deliberazioni del consiglio, relative alla determinazione della somma per la quale il tutore debba dare cauzione, all'accettazione o al rifiuto dei mezzi che fossero offerti dal tutore stesso, e, occorrendo, all'indicazione dei beni sui quali debbasi iscrivere l'ipoteca legale, non sono soggette all'omologazione del tribunale. Ciò risulta chiarissimo dal confronto tra i paragrafi secondo e terzo dell'art. 292 — nei quali, trattando di quelle deliberazioni, non si fa parola di omologazione, a cui siano soggette, mentre se si fosse inteso di assoggettarle a questa condizione eccezionale, sarebbe stato necessario esprimerlo — ed i paragrafi primo dello stesso articolo 292 ed ultimo dell'art. 293, nei quali invece per le deliberazioni di dispensa dalla cauzione, o d'innovazioni intorno ad essa durante il corso della tutela, è dichiarato appunto esplicitamente che debbano essere sottoposte all'omologazione del tribunale.

Le predette deliberazioni poi, appunto perchè non soggette ad omologazione, oltre a poter sempre dar luogo a contestazione giudiziale da parte del tutore che se ne reputasse leso, per la ragione che già più volte superiormente avvertimmo, qualora fossero state prese a sola maggioranza di voti, sarebbero anche impugnabili, non solo dal tutore stesso, ma eziandio dal protutore, dai componenti il consiglio, che intervenuti all'adunanza avessero dato voto contrario a quello adottato dalla maggioranza, o dal ministero pubblico, a tenore del disposto degli articoli 260, § 2, cod. civ., e 815 cod. proc. civile.

Tutte le deliberazioni, alle quali accenna l'art. 292 cod. civ., debbono essere prese, come è prescritto dall'ultimo paragrafo dell'articolo stesso, nella *prima adunanza*, che sarebbe quella di costituzione del consiglio, a norma dell'art. 256 (1). Se ciò s'intendesse a tutto rigore,

(1) V. sopra, n. 60, pag. 219, 220, n. 63, pag. 229.

ne deriverebbe per conseguenza, che dopo la prima adunanza predetta il tutore non fosse più in tempo a chiedere dispensa dalla cauzione, nè ad offrirla in diverso modo per evitare l'iscrizione dell'ipoteca legale. Ma che a questo estremo rigore non sia da attenersi sembra chiaro, anche perchè per molti casi si avrebbe una vera impossibilità di esaurire nella prima adunanza del consiglio tutto quello a cui accenna il detto articolo 292. Quando non vi è tutore testamentario, nè legittimo, spetta al consiglio di famiglia di procedere alla nomina del tutore dativo. Come potrebbesi nella stessa adunanza risolvere sulla dispensa dalla cauzione, o sui modi di essa, quando il tutore, se non è eletto tra i presenti all'adunanza, non conoscendo ancora la propria nomina, non può nè aver fatto domanda di dispensa, nè aver proposti mezzi di cauzione? E la stessa indicazione dei beni, sui quali, in mancanza d'altro modo di cauzione, avesse ad iscriversi l'ipoteca, come sarebbe possibile quando del tutore allora nominato il consiglio non conoscesse i beni capaci di ipoteca, od almeno non avesse informazioni abbastanza sicure e precise sul loro valore? Oltre di che, per determinare con bastante fondamento la somma per la quale abbiasi a dare la cauzione, può essere molte volte necessario l'attendere che il compimento dell'inventario faccia conoscere con esattezza l'entità del patrimonio cadente in tutela, e la natura dei beni che lo compongono. Sembra dunque che la disposizione di quest'ultima parte dell'articolo 292 non abbia a prendersi in tutto il rigore, che apparirebbe dalle parole in cui è espressa; ma sia da interpretarsi semplicemente come una manifestazione della volontà del legislatore, che il consiglio di famiglia debba sotto la sua responsabilità prendere al più presto possibile, appena le circostanze lo permettano, colla diligenza propria d'una buona amministrazione, le determinazioni in quell'articolo indicate. Una tale interpretazione è d'altronde scevra da pericoli serii; poichè fino a quando non

sia compiuto l'inventario, il tutore non entra nel pieno esercizio dell'ufficio, e la sua amministrazione si limita a quei soli affari che non ammettono dilazione.

188. Le deliberazioni del consiglio di famiglia sono di lor natura revocabili nell'interesse del minore, alla protezione del quale unicamente tendono i poteri dati dalla legge al consiglio medesimo, e gli atti che conseguentemente emanano da esso; ma non sarebbe mai ammissibile una revocazione, che offendesse diritti acquisiti da terze persone. In applicazione di questi principii sarebbesi potuto ritenere per certo, indipendentemente da una espressa disposizione di legge, che il consiglio di famiglia avesse facoltà di liberare il tutore dalla cauzione, la cui dispensa gli avesse a principio della tutela negata, o di restringere quella cauzione che gli avesse dapprima imposta, o di autorizzare la cancellazione totale o parziale dell'iscrizione ipotecaria, che avesse in principio ordinata, qualora le circostanze mutate in progresso della gestione tutelare avessero dimostrato che ciò potesse farsi senza pericolo di danno pel tutelato. Ma all'opposto, sarebbe stato forse dubbio se una nuova deliberazione, colla quale il consiglio imponesse al tutore la cauzione da cui fosse stato prima dispensato, od aggravasse quella che aveva anteriormente determinata, non avesse a riguardarsi come lesiva d'un diritto acquisito del tutore stesso. E fu appunto per togliere ogni incertezza, che fu scritta la seguente disposizione dell'art. 293 del nostro codice:

“ Il consiglio di famiglia potrà nel progresso della tutela “ richiedere dal tutore la cauzione da cui fosse stato dispen- “ sato, e potrà parimente liberarlo da quella che avesse dato.

“ Potrà pure estendere o restringere l'iscrizione della “ ipoteca che si fosse presa in luogo della cauzione, ed “ anche autorizzarne la cancellazione.

“ In tutti questi casi la deliberazione del consiglio “ deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale „.

Nel giusto concetto del nostro legislatore, le deliberazioni che il consiglio di famiglia abbia prese, contemperando equamente la sicurezza dei diritti del tutelato cogl'interessi del tutore, e col minor aggravio possibile per lui, non possono attribuire a quest'ultimo diritti acquisiti; rimangono di loro natura subordinate alle nuove esigenze, che si manifestino nel corso della tutela. Il patrimonio amministrato, da principio tenue, può impinguarsi più tardi per liberalità o successioni devolute al minore, possono entrarvi sostanze di tal natura da renderne più facili le dispersioni ed i danni; la solvibilità del tutore, dapprima esuberante, può col tempo restringersi. Cangiate così le condizioni, non può pretendersi che rimanga immutato ciò che era stabilito in considerazione d'uno stato di cose, che ha subìto variazioni; e tanto meno che ciò si tolleri in pregiudizio del minore, lasciando in pericolo la sicurezza dei diritti di lui. Corrispondentemente però variazioni simili possono anche verificarsi a vantaggio del tutore; un tale aumento del suo patrimonio da offrire amplissima sicurezza all'amministrato, indipendentemente da ogni cauzione; circostanze sopraggiunte, che rendano notevolmente più gravosa quella garanzia che aveva prestata; le prove da lui date, in un corso già lungo della tutela, di fedele e saggia amministrazione; l'assestamento degli affari tutelari, che non presentino più quel movimento e quei pericoli in vista dei quali il consiglio avea prese le sue prime determinazioni. Tutto ciò può giustificare che si restringano le garanzie, od anche si liberi il tutore dalla cauzione, o si autorizzi la cancellazione della iscrizione ipotecaria già presa.

Il testo di legge, che abbiamo sopra riferito, può tuttavia a primo aspetto presentare un dubbio. Vi è parlato delle facoltà attribuite al consiglio, di richiedere la cauzione, da cui avesse dispensato il tutore, di liberarlo da quella che egli avesse data, di estendere o restringere la iscrizione dell'ipoteca presa in luogo della cauzione, od anche di

autorizzarne la cancellazione. Ma, dato che sia stata prestata cauzione, nè il consiglio ne liberi più tardi il tutore, la somma di essa, determinata dal consiglio sino in principio della tutela, dovrà dunque rimanere inalterabile? Se tale fosse il senso in cui dovesse intendersi la disposizione della legge, essa non si troverebbe d'accordo coi motivi che ne abbiamo sopra accennati; poichè anzi si riferiscono essi a mutamenti, che giustifichino un aumento od una diminuzione nella entità della guarentia necessaria ad assicurare i diritti del tutelato. Ma poi ci sembra che il testo stesso concorra a dimostrare come sia nei poteri del consiglio di variare anche la somma della cauzione. Vi è detto che si può estendere o restringere la iscrizione dell'ipoteca. Ciò potrà avvenire talvolta per correggere un errore commesso dal consiglio di famiglia indicando per la iscrizione ipotecaria, in principio della tutela, beni insufficienti, od allo opposto beni eccessivamente esuberanti, in relazione alla somma fin da principio determinata per la cauzione. Ma non è questo caso anomalo, che possa supporsi preveduto esclusivamente dalla legge nella disposizione generale che ha fatta. Normalmente il consiglio estenderà o restringerà l'iscrizione dell'ipoteca in corrispondenza d'una somma, che riconoscerà necessario od opportuno di aumentare o diminuire, su quella che avea da principio determinata per la cauzione.

E in quest'ordine d'idee appunto, pensiamo che alla estensione della iscrizione ipotecaria, che fosse stata deliberata dal consiglio, potrebbe il tutore sottrarsi offrendo un supplemento di cauzione in altro modo, sia mediante fideiussione o deposito di valori. Così ci sembra voluto dallo spirito della legge, la quale dando facoltà al consiglio d'indicare i beni del tutore sui quali debba iscriversi l'ipoteca legale, ha però subordinata tale iscrizione al caso che *il tutore non preferisca un altro modo di cauzione.* Parimente crediamo, che qualora il consiglio, reputando necessario di estendere a maggior somma la guarentia

pel tutelato, non trovasse nel patrimonio del tutore beni sufficienti su cui estendere in corrispondenza di quella somma la iscrizione ipotecaria, nè il tutore offrisse altro modo di cauzione, potrebbe il consiglio medesimo *procedere alla nomina d'un nuovo tutore*, come gliene concede facoltà in principio della tutela l'art. 292, § 3. È vero che le cause di rimozione dalla tutela sono tassative, e fra esse non si trova contemplata questa; ma qui, come già sopra osservammo, non trattasi veramente di rimozione, sibbene della sostituzione d'un nuovo tutore, giustificata da una causa incolpevole da parte del tutore cessante, ma necessaria per guarentia del tutelato; e in questo senso, non in quello di rimozione, è infatti evidentemente considerato un tale provvedimento nel citato articolo 292.

Ogni deliberazione, colla quale, durante il corso della tutela, il consiglio di famiglia immuti in qualsiasi modo a ciò che aveva in principio stabilito circa la cauzione da prestarsi dal tutore, dev'essere sottoposta alla omologazione del tribunale (art. 293, § ultimo, cod. civ.). Trattandosi di liberare il tutore dalla cauzione che avesse data, o di autorizzare la cancellazione della iscrizione ipotecaria, è naturale il richiedersi quella stessa formalità che, secondo l'art. 292, § 1, sarebbe stata necessaria per rendere efficace la dispensa dalla cauzione che fosse stata conceduta in principio della tutela. Se soltanto si restringa la iscrizione della ipoteca presa in luogo della cauzione, quantunque il consiglio di famiglia abbia dapprima potuto determinare i beni sui quali dovesse iscriversi l'ipoteca legale, senza bisogno che il deliberato suo fosse omologato, si comprende però che lo stesso mutamento portato dal consiglio di famiglia nelle sue determinazioni induca qualche diffidenza, e suggerisca qualche maggior precauzione per evitare gravi ed irreparabili danni al tutelato. Se in fine si tratti, all'opposto, di richiedere dal tutore la cauzione da cui era stato dispensato, o di estendere a suo carico la iscrizione ipotecaria, è una giusta garanzia che gli viene offerta, il non dar luogo

all'aggravamento di condizione che gli verrebbe imposto se non quando anche l'autorità giudiziaria ne abbia riconosciuta la necessità.

III.

Della vendita dei mobili del minore.

Sommario. — 189. Idee generali intorno alla disposizione dell'art. 290 cod. civ., che impone la vendita dei mobili del minore in principio della tutela. — 190. Quali siano veramente i beni compresi nella predetta disposizione dell'art. 290. — 191. Specialità relative ai titoli al portatore ed agli stabilimenti di commercio o d'industria, che si trovino nel patrimonio del minore. — 192. Entro qual termine debba farsi la vendita dei mobili del minore. — 193. Forme da osservarsi nella vendita predetta. — 194. Se alla regola dell'art. 290 possa derogarsi per privata disposizione testamentaria. — 195. Eccezioni che la legge ammette contro la regola stessa per deliberazione del consiglio di famiglia. — 196. Responsabilità del tutore, pei casi in cui egli contravvenga al disposto della legge o al deliberato del consiglio di famiglia in ordine alla vendita dei mobili del minore.

189. Fu savio pensiero del legislatore di disporre che in principio della tutela dovessero di regola essere venduti, per convertirli in capitale fruttifero, i mobili che si trovassero nel patrimonio del minore. È una parte di beni, che va soggetta a deteriorazioni e deprezzamenti, i quali in un lungo corso di tutela potrebbero divenire gravissimi, ed esaurire una porzione notevole delle sostanze dell'amministrato; una parte di beni, che inoltre durante quel tempo rimarrebbe forse inutile all'uso del minore, nè gli produrrebbe alcun frutto, mentre realizzandone il valore, e convertendolo in capitale fruttifero, l'aumento successivo potrà risultare infine assai considerevole. Questo provvedimento è dunque conforme in tutto alle regole d'una savia amministrazione. Nè infatti esso fu il portato d'una innovazione recata dal nostro codice; ma già ne avevano dato l'esempio le legislazioni anteriori, le quali, concordi tutte nella stessa massima, variavano soltanto in qualche particolare di applicazione (art. 452 cod. Francese; 54 legge Toscana 15 novembre 1814; 251 codice Austriaco; 375 codice

Due Sicilie; 261 codice Parmense; 325 codice Albertino; 294 codice Estense).

L'art. 290 del nostro codice così dispone in proposito: “ Nel termine di due mesi successivi alla formazione “ dell'inventario, il tutore farà vendere ai pubblici incanti “ i mobili del minore.

“ Il consiglio di famiglia potrà autorizzare il tutore a “ conservare i mobili in tutto od in parte, ed anche a “ venderli ad offerte private „.

Ciò non riguarda, come apparisce chiaramente dal testo, che i mobili appartenenti al minore nel tempo in cui si apre la tutela. Diciamo che apparisce dal testo; poichè esso facendo decorrere il termine per la vendita dal giorno in cui sia compiuta la formazione dell'inventario tutelare, rende manifesto come il legislatore non abbia potuto pensare ad altri mobili che a quelli i quali già fossero nel patrimonio del minore quando facevasi l'inventario stesso, cioè fin dal momento dell'apertura della tutela. Nondimeno era massima ricevuta nella dottrina francese, e ripetuta da qualche commentatore del codice nostro, che l'obbligo del tutore di vendere i mobili appartenenti al minore non fosse applicabile a quelli soli ch'egli già possedesse allorchè il tutore entrava in esercizio del suo ufficio, ma per analogia e per identità di motivi dovesse estendersi parimente a quelli ch'egli avesse acquistati durante il corso della tutela, per una successione a lui posteriormente devoluta, o per titolo anche particolare, di donazione od altro (1). Bisogna tuttavia tener conto d'una differenza importante tra il codice Francese ed il nostro. Quello, nell'art. 457, vietava al tutore di *alienare i beni immobili* del minore, se non vi fosse autorizzato dal consiglio di famiglia, ma non parlava dei *beni mobili;* e nel silenzio della legge era naturale e conforme ai principii il ricorrere per analogia alla

(1) V. Marcadé, art. 452, t. II, n. 253; Demolombe, t. VII, n. 585; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 25; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 612.

disposizione del precedente articolo 452, ritenendo che il tutore fosse, non solo autorizzato, ma obbligato a vendere nelle forme dal detto articolo stabilite quei mobili del minore, sebbene acquistati durante la tutela, dei quali il consiglio di famiglia non avesse autorizzata la conservazione in natura. Il codice Italiano invece, nel corrispondente articolo 296, rende espressamente comune l'identica regola tanto ai beni immobili quanto ai beni mobili, prescrivendo che sì degli uni come degli altri non possa il tutore fare alienazione senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia. Da ciò risulta dunque, a veder nostro, una distinzione netta e precisa, stabilita dal codice italiano. I *mobili* contemplati nell'art. 290, e vedremo nel numero seguente quali essi siano, che appartengano al minore nel giorno dell'apertura della tutela, devono essere per disposizione di legge venduti ai pubblici incanti dal tutore, eccettochè il consiglio di famiglia abbia deliberato che debbano essere conservati: ma i beni mobili che non possano essere considerati come compresi nella ricordata disposizione dell'articolo 290, quantunque appartenenti al minore fin dal tempo in cui cominciò la tutela, come pure tutti i beni mobili che per qualunque titolo egli abbia acquistati posteriormente, non possono essere alienati dal tutore senza un espresso e speciale atto di autorizzazione del consiglio di famiglia. Della quale distinzione ci sembra inoltre non difficile lo scorgere una ragione giustificativa. Finchè si tratta dei mobili contemplati nell'art. 290, esistenti nel patrimonio del minore fin dall'aprirsi della tutela, e di natura tale da esserne nella generalità dei casi più dannosa che utile al minore la conservazione, si comprende che la legge ne abbia senz'altro ordinata al tutore la vendita, e solo abbia lasciato in facoltà del consiglio di deliberare che siano conservati per quei casi di eccezione in cui ciò possa riscontrarsi vantaggioso all'interesse del minore; e d'altronde allora, il consiglio di famiglia, il quale non ignora doversi per legge procedere alla vendita di quei beni nel

termine di due mesi dopo la formazione dell'inventario, è posto in avvertenza, ed ha tutto il tempo per disporre altrimenti, se lo stimi opportuno, come la legge stessa gliene dà facoltà. Ma se si tratti di beni mobili, che quantunque appartenenti al minore sin dal principio della tutela, non cadano nella categoria di quei *mobili*, dei quali l'art. 290 ha prescritta per regola l'alienazione, perchè nella generalità dei casi essa giova all'interesse del minore stesso, è giusto che la opportunità, la quale pur possa eccezionalmente verificarsi, di quella alienazione, sia riconosciuta e dichiarata dal consiglio di famiglia; e pei beni mobili, quali che siano, che il minore abbia acquistati durante il corso della tutela, se il tutore avesse senz'altro il mandato della legge per alienarli, potrebbe avvenire che quest'alienazione seguisse senzachè il consiglio di famiglia avesse avuto tempo e modo di prevenirla ordinando invece che in tutto o in parte fossero conservati a maggior vantaggio del minore.

Ecco quale parrebbe a noi la razionale conciliazione di questi articoli 290 e 296; tra i quali non può negarsi una apparente antinomia, perchè mentre quest'ultimo richiederebbe autorizzazione del consiglio di famiglia per l'alienazione di *qualunque bene mobile*, il primo stabilisce che alcuni di quei beni, indicati sotto la denominazione specifica di *mobili*, debbano senz'altro esser fatti vendere dal tutore, eccettochè il consiglio di famiglia ne abbia deliberata la conservazione.

E intorno a quella conciliazione travagliarono infatti egregi scrittori; i quali proposero sistemi, che a noi non sembrano accettabili. Vi è chi reputa (1) che l'art. 290 sia applicabile ai *mobili* del minore, in qualunque tempo acquistati, intesa questa parola *mobili* nello stretto senso accennato nell'art. 422; e l'art. 296 sia applicabile *a tutti gli altri beni mobili*, nel largo senso indicato nell'art. 421,

(1) V. Ricci, vol. I, n. 437, pag. 565, 566.

senza distinguere neppur qui quando quei beni siano entrati nel patrimonio del minore. Ma vedremo nel numero seguente come la parola *mobili* nell'art. 290 non possa certamente interpretarsi nel ristretto significato dell'art. 422; e ciò distrugge tutto il sistema predetto.

Vi è chi pensa invece che l'obbligo vero e legale del tutore, pel cui adempimento non può certo esser caso di riportare autorizzazione alcuna, si limiti a vendere *i mobili soggetti a facile deperimento e i frutti del fondo;* che per ogni altro bene mobile del minorenne il tutore abbia *facoltà* di farne alienazione, anche senza esservi autorizzato, quando ciò sia di *necessità od utilità evidente*, e per questi casi sia applicabile l'art. 290; che fuori di essi debbansi invece invocare le deliberazioni del consiglio di famiglia, a norma dell'art. 296 (1). Ma, se male non ci apponiamo, questo non è interpretare la legge, ma trasformarla, e forse non migliorandola. La vendita dei mobili soggetti a facile deterioramento e quella dei frutti, nulla han proprio che fare colla disposizione dell'art. 290, e sono invece contemplate nel 296. La prima è un atto di disposizione, che il tutore è abilitato a fare, senza bisogno di autorizzazione del consiglio, e quand'anche si tratti di beni non compresi nella disposizione dell'art. 290, atteso alla necessità e alla urgenza di quell'alienazione. La seconda non è che un atto di semplice amministrazione ordinaria, e sotto questo aspetto non ha neppure nulla di comune colla disposizione precitata. Trattandosi poi dei mobili contemplati nello stesso art. 290, non è solo un'autorizzazione a vendere, che la legge dà al tutore, ma un obbligo che gl'impone: lo dicon chiaro i termini imperativi in cui è espressa: *il tutore farà vendere*, e lo conferma il suo spirito già sopra dimostrato. Il parlare di *necessità od utilità evidente della vendita*, dandole per limiti alla pretesa facoltà del tutore, non corrisponde davvero allo scopo avuto di mira dal legis-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 290, vol. I, § 613, C., pag. 976.

latore, di stabilire con precisione e sicurezza i confini dei poteri che il tutore possa esercitare con o senza autorizzazione del consiglio di famiglia: al contrario l'accogliere un tale concetto ci spingerebbe nel pieno mare del vago, dell'indeterminato, dell'arbitrario. Atteniamoci alla legge com'è, e come si spiega assai facilmente e razionalmente; e ci troveremo più nel sicuro e nell'utilmente e chiaramente applicabile.

190. Quali sono dunque i beni che il legislatore ha inteso d'indicare sotto la parola *mobili*, da lui usata nello art. 290, e dei quali il tutore è tenuto per legge a fare la vendita nel termine dei due mesi successivi alla formazione dell'inventario, sicchè non può esser caso ch'egli abbia a riportare per tale vendita l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma anzi questa vendita deve assolutamente farsi, salvo un'autorizzazione in contrario del consiglio stesso?

Anche l'art. 452 del codice Francese aveva una espressione simile, essendovi detto che “ nel mese successivo al “ compimento dell'inventario, il tutore farà vendere *tutti i* “ *mobili*, eccettuati quelli che il consiglio di famiglia lo “ avesse autorizzato a conservare in natura „. La dottrina era concorde ad interpretarlo nel senso che l'obbligo della vendita non si estendesse ai beni mobili *incorporali*, ma comprendesse *tutti i beni mobili corporali* (1). Rispetto a quest'ultimo punto, non si era mancato di prevedere la obbiezione che poteva trarsi dall'art. 533 di quel codice, corrispondente al 422 del codice nostro, ov'era detto che la parola *mobili*, usata nelle disposizioni della legge o dell'uomo, senz'altra aggiunta o designazione, non comprendeva per sè sola il danaro, le gemme, nè molti altri oggetti in quell'articolo indicati. Ma vi si rispondeva, che nell'ar-

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. I, § 1, pag. 373, obs. IV; Marcadé, art. 452, t. II, n. 253; Demolombe, t. VII, n. 572, 573; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 22 e 23; Laurent, t. V, n. 16, pag. 21, 22.

ticolo 452 la parola *mobili* non era usata *sola*, bensì facendola precedere dall'altra parola *tutti*, la quale ne ampliava il significato; che d'altronde dei mobili vi si parlava in *contrapposto agl'immobili*, intorno ai quali disponeva il successivo articolo 457; che in fine i motivi dell'art. 452 non permettevano di dargli la stretta interpretazione che risulterebbe dalla regola dell'art. 533.

Nel nostro art. 290 la parola *mobili* è veramente usata *sola, senz'alcuna aggiunta o indicazione che ne allarghi il significato;* nè forse potrebbe trovarvisi un *contrapposto agl'immobili* per ciò solo che di questi sia parlato in altro senso nel successivo articolo 296, nel quale però non si tratta degli obblighi che il tutore abbia ad adempiere in principio della tutela, ma dei poteri che gli spettano nell'esercizio e durante il corso di essa. Perciò, se le definizioni date negli articoli 421 e seguenti intorno al significato da attribuirsi ad alcune espressioni relative ai beni mobili, dovessero applicarsi in tutto il rigore, per guisa da escludere assolutamente un senso diverso di quelle espressioni adoperate nelle disposizioni dell'uomo o della legge, sarebbe sostenibile l'opinione accennata nel numero precedente, secondo la quale la vendita obbligatoria dei mobili del minore, prescritta dal detto articolo 290, non avrebbe a comprendere nessuno di quegli oggetti che a norma dell'articolo 422 non s'intendono indicati sotto la sola parola *mobili*. Ma la dottrina e la giurisprudenza sono giustamente contrarie a così estremo rigore. Definizioni date coll'intendimento d'interpretare la presumibile volontà delle parti, evitando molte contestazioni, non possono resistere ad una volontà opposta, che i giudici riconoscano essere stata chiaramente manifestata dalle parti stesse. E questo, che dicesi quando le espressioni definite siano state adoperate nelle disposizioni dell'uomo, è pure da ripetersi, quantunque più raramente accada di doverlo applicare, pel caso in cui le stesse espressioni siano state impiegate in disposizioni di legge. Il legislatore ha dichiarato

qual senso attribuirà egli stesso nelle sue disposizioni a determinate parole. Ma se in qualche caso particolare risulti chiara l'intenzione di lui, pei motivi che lo hanno guidato in una data disposizione, di attribuire a tali parole un senso diverso da quello che la definizione generale porterebbe, è fuor di dubbio che a tale volontà speciale del legislatore dovrà per quel caso rendersi omaggio, anzichè alla definizione generale da lui data, alla quale s'intenderà derogato, come una legge speciale deroga alla generale. Or così appunto si verifica nel caso nostro, che la volontà del legislatore di non usare nell'art. 290 la parola *mobili* in quel senso ristretto che è definito nell'art. 422, risulta manifesta dallo scopo medesimo che il legislatore si è prefisso nella prima di quelle disposizioni; giacchè tale scopo sarebbe direttamente contrariato qualora dalla prescritta vendita dei mobili si escludessero quelli che nell'articolo 422 sono indicati. Questa esclusione porterebbe infatti a dover conservare, salvochè deliberasse diversamente il consiglio di famiglia, i libri, le armi, i quadri, le statue, le monete, le medaglie od altri oggetti attinenti a scienze od arti, gli stromenti proprii delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, i cavalli, gli equipaggi, i grani, vini, fieni ed altre derrate; cose tutte per le quali, e per alcune più specialmente, si verificano quei motivi di probabile deperimento, d'improduttività, e talvolta anche di dispendio pel mantenimento, che consigliarono a rendere generalmente obbligatoria nell'interesse del minore la vendita dei mobili che gli appartengano all'aprirsi della tutela.

Ma dunque, esclusa l'applicabilità dell'art. 422, saranno da ritenersi compresi nella disposizione dell'altro art. 290 tutti indistintamente i *beni mobili* del minore, nel senso amplissimo accennato dall'art. 421? Ciò sarebbe troppo, secondo lo spirito della legge, che, com'è ritenuto concordemente dalla dottrina, non comprende i *beni incorporali*. Questi infatti, che sono mobili soltanto *per determinazione*

della legge, cioè i diritti e le azioni che abbiano per oggetto somme di denaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati (art. 418 cod. civ.), mentre da un lato non vanno soggetti a deteriorazioni, costituiscono dall'altro essi stessi quell'impiego, che la vendita dei mobili avrebbe appunto per fine di procurare. Ed è a pensarsi che precisamente per ciò la legge abbia potuto impiegare nell'art. 290 la parola *mobili*, la quale ha un significato più ristretto delle altre *beni mobili*, *effetti mobili*, *sostanza mobile*. D'altronde, che i beni mobili incorporali non si comprendano nella disposizione dell'art. 290 cod. civ., è anche confermato da quelle degli art. 823 e 824 del cod. di proc. civ., nelle quali senza distinzione alcuna è stabilito che per poter procedere alla vendita dei censi, delle rendite perpetue o temporarie, delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato, delle azioni industriali, e d'ogni ragione di credito spettante al minore, il tutore debba esservi *autorizzato dal consiglio di famiglia o di tutela*.

Sembra dunque da adottarsi anche sotto il codice nostro la massima insegnata dagli autori francesi, che l'obbligazione legale imposta al tutore di vendere in principio della tutela *i mobili del minore* non sia applicabile ai beni mobili incorporali, pei quali debba osservarsi invece la disposizione generale dell'art. 296 cod. civ., ma sia applicabile pei beni mobili corporali, senza quelle esclusioni che trovansi accennate nell'art. 422 (1).

Senonchè anche per alcuni beni mobili corporali la legge ha dato disposizioni speciali, che sono inconciliabili con quella dell'art. 290, e perciò vengono implicitamente a derogarvi; o perchè si tratta di cose tali rispetto a cui non è possibile parlare di vendita, come i valori in nume-

(1) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 612, n.a 3; Borsari, *Comm.*, art. 290, vol. I. § 613, pag. 973.

rario, o perchè per la loro speciale natura occorra di dover prendere, nell'interesse del minore, particolari provvedimenti, come gli oggetti preziosi, i bastimenti di mare. Quindi è che, come già vedemmo nell'art. 287 del codice civile, i valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi, che si trovassero nel patrimonio del minore, debbono rimanere nel luogo destinato pel loro deposito al cominciare della tutela, *fino a che il consiglio di famiglia non abbia intorno ad essi deliberato;* e che, secondo l'art. 824 del codice di procedura civile, la vendita dei bastimenti di mare appartenenti al minore non può farsi se non *dopo che la medesima sia stata debitamente autorizzata.* Ciò dunque esclude esservi obbligo nel tutore di vendere tali cose in osservanza dell'art. 290, poichè se così fosse non potrebbe esser caso di deliberazione ed autorizzazione del consiglio di famiglia, per un atto non solo autorizzato, ma comandato dalla legge stessa.

Ecco dunque quale sarebbe, ad avviso nostro, la risposta finale che dovrebbe darsi al quesito proposto in principio di questo numero. L'art. 290 impone al tutore la vendita di tutti i beni mobili corporali, che si trovino nel patrimonio del minore all'aprirsi della tutela; eccettuati soltanto, oltre al denaro metallico od ai suoi rappresentativi, gli oggetti preziosi ed i bastimenti di mare, dei quali è riserbato al consiglio di famiglia di determinare a suo prudente criterio la vendita, e l'impiego del capitale ritrattone.

191. I beni incorporali, mobili per determinazione della legge, rimangono soggetti generalmente quanto alla loro alienazione, come sopra avvertimmo, alla regola dell'art. 296 cod. civ. Nondimeno per alcuni di essi la legge ha date certe disposizioni speciali. Ed una ne ricordammo poco sopra rispetto ai *titoli al portatore;* i quali, a norma dell'art. 287, appena siano riconosciuti far parte del patrimonio del minore, in occasione della compilazione

dell'inventario, debbono tosto essere depositati nella cassa dei depositi giudiziari, od in quella che sarà designata dal pretore, e debbono rimanervi fino a che il consiglio di famiglia non abbia prese intorno a quei valori le determinazioni che stimerà opportune. Questa disposizione è poi completata dall'altra dell'art. 298, dov'è stabilito che qualora il consiglio di famiglia non abbia reputato opportuno di deliberare la conversione dei predetti titoli in altro impiego, *il tutore debba farli iscrivere al nome del minore;* affinchè trasmutatili così in *titoli nominali*, sia rimosso il pericolo di dispersione per questa parte delle sostanze dell'amministrato, parte che può esserne talvolta cospicua. Tale disposizione è quindi per la lettera e pei motivi suoi applicabile a qualunque titolo al portatore, sia poi per rendita del debito pubblico dello Stato, sia per altra causa. Che se la conversione del titolo al portatore in nominale non fosse fattibile, perchè vi ostassero, per esempio, i regolamenti dell'Istituto da cui il titolo emanasse, rimarrebbe sempre ferma la cautela stabilita dalla legge, del deposito in una pubblica cassa, fino a che il consiglio di famiglia non giudicasse opportuno di deliberare altro provvedimento.

Vi è ancora un'altra disposizione speciale, riguardante gli stabilimenti commerciali o industriali; ed è quella dell'art. 299, così espresso:

" Gli stabilimenti di commercio o d'industria, che si
" trovino nel patrimonio del minore, saranno alienati e
" liquidati dal tutore nei modi e colle cautele che deter-
" minerà il consiglio di famiglia.

" Il consiglio di famiglia potrà permettere la continua-
" zione dell'esercizio, quando vi sia la evidente utilità del
" minore: questa deliberazione sarà sottoposta all'omolo-
" gazione del tribunale ".

Evidentemente la prima parte di questa disposizione non deroga in modo assoluto alla regola generale dell'articolo 290. Gli oggetti che concorrono a costituire il

materiale dello stabilimento, sia in merci, sia in utensili, macchine, materie prime ed altro, devono essere venduti secondo la ricordata disposizione generale dell'art. 290; e lo saranno mediante la *liquidazione*, a cui l'art. 299 accenna; lo saranno dal tutore stesso, a cui l'articolo 290 commette, in generale, la vendita dei beni del minore. Solo, secondo i casi, potrà accadere che la forma comune della vendita ai pubblici incanti non sia la più conveniente per la liquidazione d'un negozio, di cui giovi meglio continuare temporaneamente l'esercizio per esaurirne gradatamente i fondi, e così potrà ordinare, a suo prudente criterio, il consiglio di famiglia, al quale la legge dà ampia facoltà di regolare *i modi e le cautele della liquidazione*.

Ma oltre la parte materiale, uno stabilimento di commercio o d'industria ha pure l'avviamento, la reputazione che ha acquistata, e che può costituire da sè un valore talvolta considerevole, talvolta superiore perfino a quello dello stesso complesso degli oggetti attinenti allo stabilimento; ed allora alla vendita dei mobili corporali, che concorrono a costituirlo, dovrebbe congiungersi quella dello stabilimento in sè stesso, inteso nella sua parte immateriale. È questo che la legge contempla quando parla di *alienare gli stabilimenti* di commercio o d'industria, che si trovino nel patrimonio del minore. E quest'alienazione pure deve, secondo l'art. 299, esser fatta dal tutore, conformemente alla regola generale dell'art. 290. Se non che, non sempre la forma ordinaria della vendita ai pubblici incanti potrebb'essere la più opportuna nell'interesse del minore. Non di rado anzi, trattandosi di alienazione per somme rilevanti, per le quali bisognerà conceder tempo al pagamento, converranno meglio le trattative private, che pongano in grado di scandagliare più a fondo la solvibilità e la reputazione della persona con cui si tratta. Sovente anche gioverà conchiudere senza indugi un contratto che si presenta vantaggioso. Spesso sarà opportuno

l'evitare di esporre al pubblico, con un procedimento d'incanto, lo stato degli affari dello stabilimento da alienarsi. Di queste ed altre circostanze, dipendenti dalla particolarità dei casi, conveniva nell'interesse del minore lasciare l'apprezzamento alla prudenza del consiglio di famiglia; al quale appunto perciò il citato art. 299 affida di determinare i modi e le cautele con cui il tutore debba fare l'alienazione degli stabilimenti d'industria e di commercio che si trovino nel patrimonio del minore.

Della seconda parte della riferita disposizione, colla quale è data facoltà al consiglio di famiglia di poter ordinare invece nell'interesse del minore la continuazione di esercizio dello stabilimento industriale o commerciale che gli appartenga, avremo occasione di trattare in uno dei numeri successivi.

192. Il termine, entro il quale il tutore deve soddisfare all'obbligazione ingiuntagli dalla legge, di procedere alla vendita dei beni del minore, è fissato dal ridetto articolo 290 a *due mesi successivi alla formazione dell'inventario.* S'intende che la decorrenza di tal termine non è computabile che dal giorno in cui l'inventario sia stato compiuto, cioè se ne sia fatto il deposito presso la pretura, dichiarando il tutore e il protutore la sincerità dell' inventario stesso sotto il vincolo del giuramento, come prescrive l'articolo 282. Si comprende altresì che per poter dire adempita l'obbligazione del tutore, non è indispensabile che prima della scadenza del prefisso termine la vendita dei mobili del minore sia stata esaurita; ma basta che il tutore abbia iniziato il relativo procedimento. Altrimenti il tempo, che la legge ha reputato opportuno di concedere affinchè il tutore predisponga per operare la vendita nelle migliori condizioni possibili per l'interesse del minore, e provocare dal consiglio di famiglia i provvedimenti che fossero convenienti, non potrebbe in molti casi essere utilizzato intieramente; nè d'altra parte i ritardi derivabili dalla natura

del procedimento necessario a compiersi, e dalla entità dei beni che ne formassero oggetto, può ricadere a carico della responsabilità del tutore.

Ma il termine così regolato dalla legge, deve poi considerarsi come perentorio, di guisa che trascorso ch'esso sia non possa più il tutore procedere alla vendita dei mobili del minore, se non riportandone apposita e speciale autorizzazione dal consiglio di famiglia, secondo la regola comune dell'art. 296? Non pare che ciò sia ammissibile. Quel termine fu stabilito dalla legge per delimitare la responsabilità del tutore in ordine a quest'oggetto, non per restringere i poteri di lui in proposito. Se il tutore ha ritardato l'adempimento della sua obbligazione oltre al tempo concedutogli, ne diviene anzi tanto più urgente l'effettuare quella vendita ch'egli ha procrastinata; ma certo non ne sorgono, generalmente almeno, ragioni per non compierla, nè son cangiati i motivi che la fecero imporre al tutore. Questi rimarrà responsabile dei danni, che potessero essere derivati dal ritardo imputabile a lui, ma non cessa di aver dalla legge direttamente il mandato per vendere quei beni. Che se nel frattempo fossero sopravvenute circostanze, le quali suggerissero come più opportuno di conservare i mobili del minore, il consiglio di famiglia sarà in tempo a deliberare sovra ciò, sia per mozione fattane dal tutore stesso, sia anche d'ufficio, come appresso vedremo. Ma intanto il tutore è pur sempre investito del mandato legale per vendere, e finchè una deliberazione formale non gli dia facoltà o non gl'imponga di astenersene, non solo può, indipendentemente da un'apposita autorizzazione, ma deve procedere alla vendita stessa (1).

193. In ordine alle forme, in cui la vendita dei mobili del minore debba esser fatta, il codice civile, nel già citato art. 290, si limita a prescrivere *i pubblici incanti*. Ma questa

(1) Laurent, t. V, n. 19, pag. 23.

disposizione è poi completata da quelle del codice di procedura civile (art. 816-824) nelle quali sono stabilite tutte le norme relative, sia quanto all'ufficiale davanti a cui debba procedersi all'asta pubblica, sia quanto al bando, al termine ed ai modi di sua pubblicazione, e alle cose che deve contenere, sia quanto alla stima che è necessario fare dei beni da vendersi, alle regole da seguirsi nell'incanto e nella compilazione del relativo processo verbale.

Tra gli autori francesi erasi manifestato dissenso intorno al doversi esclusivamente osservare per la vendita dei mobili del minore le forme speciali tracciate in proposito dal codice civile, o l'essere applicabili anche quelle stabilite in generale per le vendite volontarie di mobili, nel codice di procedura civile. Ma ogni dubbio fu tolto presso noi colla disposizione espressa dall'art. 816 proc. civ., che dichiara applicabili le norme stabilite nello articolo stesso e nei successivi *per la vendita dei beni mobili del minore, di cui nell'art. 290 del codice civile.*

Per altro questo medesimo articolo, nel suo secondo paragrafo, mentre ammette che il consiglio di famiglia possa deliberare la conservazione dei mobili del minore, attribuisce in pari tempo al consiglio medesimo la facoltà di *autorizzare il tutore a vendere i mobili ad offerte private.* Sebbene infatti la prescrizione dei pubblici incanti costituisca per la generalità dei casi una guarentigia importantissima per l'interesse del minore, aprendo il campo ad una concorrenza che può procurargli il maggior utile sperabile dalla realizzazione del valore de' suoi mobili, possono però verificarsi circostanze eccezionali, che consiglino un contrario provvedimento, perchè, per esempio, un prezzo assai vantaggioso sia offerto da taluno, che per suoi motivi particolari non vorrebbe presentarsi all'asta pubblica, o perchè giovi meglio il tentare la vendita complessiva d'una collezione di cose, che vendute separatamente perderebbero di pregio, e di quella vendita complessiva non sia sperabile la riuscita in un pubblico incanto, mentre già si sappia

esservi chi vi accudirebbe a trattative private. Fu quindi prudente ed opportuno consiglio il non precludere assolutamente la via anche ad una vendita per offerte private; nè a questo intento presentavasi altro mezzo, che di deferire al prudente criterio del consiglio di famiglia l'apprezzamento delle circostanze, le quali consigliassero, o meno, un tale provvedimento. Può dubitarsi se col concedere al consiglio di famiglia di *poter autorizzare il tutore a vendere i mobili del minore ad offerte private*, la legge sia venuta a permettere al consiglio stesso, non solo di abilitare il tutore a contratti di vendita da lui concretamente proposti sovra progetti determinatamente formati, ma eziandio, secondo i casi, di autorizzarlo a vendere ad offerte private senzachè siano preventivamente stabiliti gli estremi e le condizioni del contratto. Nè può negarsi che a primo aspetto parrebbe preferibile quest'ultima opinione, siccome più conforme alla espressione generica usata dalla legge, che sembra riferire l'autorizzazione del consiglio di famiglia unicamente al cambiamento di forma nella vendita, da farsi per trattative private anzichè ai pubblici incanti. Nondimeno ci atterremmo piuttosto all'avviso contrario, parendoci esso più consentaneo allo spirito della legge. La quale per l'alienazione dei mobili, come per quella degl'immobili del minore, richiedendo all'art. 296 l'autorizzazione del consiglio di famiglia, non si è contentata che questa sia data genericamente, ma l'ha voluta *speciale per ciascun atto o contratto* (art. 297 cod. civ.); ond'è che rispetto alla vendita degl'immobili, quand'anche il consiglio deliberi ch'essa si faccia ad offerte private, com'è ammesso dal § 2 del medesimo articolo, è indispensabile però che stabilisca per qual prezzo ed a quali condizioni ciò possa aver luogo. Si comprende che per la vendita dei mobili del minore in principio della tutela il tutore possa agire indipendentemente da qualunque autorizzazione; perchè l'interesse del minore è allora abbastanza guarentito dalla stessa forma di pubblico incanto in cui tale vendita deve aver luogo. Ma

se alla predetta forma tutelare deroghi il consiglio col deliberare che si venda ad offerte private, sembra inevitabile il ricadere sotto la norma generale, e il ritenere perciò che non basti a tal uopo un'autorizzazione generica, ma la si richieda speciale, con determinazione precisa degli estremi del contratto a cui s'intende di abilitare il tutore, e in ispecie con quella del prezzo a cui la vendita potrà farsi. Altrimenti alla cautela comune, che la legge reputa indispensabile a guarentia dell'interesse del minore, che, cioè, la vendita debba farsi ai pubblici incanti, verrebbesi a sostituire, in forza della deliberazione derogatoria del consiglio di famiglia, il puro e semplice arbitrio del tutore, ciò che non sembra possibile ammettere.

194. Vi è in questa materia una questione assai controversa tra gli autori francesi, e che non ha cessato di dividere le opinioni anche degli scrittori nostri; ed è, se un testatore lasciando beni mobili della propria disponibile ad un minore soggetto a tutela, possa dispensare il tutore dall'obbligo, che la legge gl'imporrebbe, di vendere quei beni.

La tesi affermativa è sostenuta da alcuni, osservando che la vendita o la conservazione dei mobili non costituisca una questione d'ordine pubblico, ma di mero interesse pecuniario del minore, e quindi d'ordine puramente privato; e che il testatore, il quale avrebbe potuto lasciar nulla al minore, possa maggiormente, beneficandolo, vincolare la propria liberalità ad una disposizione, la quale tutt'al più riescirà a diminuire pel minorenne il profitto del lascito (1).

La massima opposta è appoggiata da altri alla considerazione, che nel caso tratterebbesi di derogare ad una delle norme costituenti l'organismo dell'amministrazione tutelare, le quali concernono tutte l'ordine pubblico, e sotto

(1) V. Zachariae, § 111, n. 39; Laurent, t. V, n. 18, pag. 23; Ricci, vol. I, n. 434, pag. 561.

tale aspetto non sono derogabili; che tutt'al più l'intenzione del testatore potrà e dovrà esser presa in considerazione dal consiglio di famiglia, per autorizzare il tutore, come la legge gliene concede normalmente il potere, a conservare quei mobili; ma senza una tale autorizzazione, che il consiglio potrebbe anche, secondo le circostanze, non accordare, dovrà rimanere in pieno vigore l'obbligazione legale incombente al tutore di procedere alla vendita, senzachè valga ad esimerlo da tale obbligazione, e dalla responsabilità conseguente, la dispensa ordinata dal testatore (1).

Ma importa, innanzi tutto, di determinare precisamente il vero punto della questione. Non trattasi qui di stabilire quale effetto potrebbe avere, in ordine all'obbligazione ingiunta al tutore dall'art. 290, la proibizione di vendere i mobili, che il testatore avesse fatta nel disporre di essi a favore d'un minore soggetto a tutela, fosse poi quella proibizione assoluta e illimitata, o ristretta al tempo della minorità del beneficato, o ad altro termine qual che si fosse. È appunto, a sua volta, una questione gravemente controversa, in ordine ai caratteri del diritto di proprietà, anche questa: se in un atto traslativo della proprietà stessa possa avere efficacia la clausola, per la quale si vieti l'alienazione dei beni trasmessi, o assolutamente, o limitatamente quanto al tempo od al modo. Ma, qualunque sia la risoluzione che abbia a darsi di tale questione, essa non riguarda veramente il punto dell'essere derogabile, o non, per disposizione testamentaria l'obbligo della vendita dei mobili imposto dall'art. 290 cod. civ. Chè, se ritengasi inefficace in diritto la clausola proibitiva dell'alienazione dei beni trasmessi, o assoluta, o limitata che sia, rimarrà bensì, non ostante quella clausola, sussistente l'obbligo della vendita dei mobili lasciati al minore; ma non perchè la legge che

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 579; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 26; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 612; Borsari, *Comm.*, art. 290, vol. I, § 612, pag. 975.

lo prescrive essendo d'ordine pubblico non possa soffrire derogazione per disposizione privata, sibbene perchè, conservata la libera trasmissibilità dei beni, mancherebbe ogni ragione per non applicare la disposizione di legge, che nel caso dell'art. 290 prescrive la vendita dei mobili del minore. Se al contrario la predetta clausola si consideri come valevole, divenendo per essa inalienabili, o assolutamente, od almeno temporaneamente, i beni, è troppo chiaro che cessa per ciò stesso ogni possibilità di applicazione dell'articolo 290 cod. civ., che ordinando la vendita dei mobili del minore ne presuppone necessariamente e fondamentalmente l'alienabilità.

Per poter presentare la questione nel senso d'essere, o no, suscettibile di derogazione per volontà privata la legge che ingiunge al tutore di far vendere ai pubblici incanti i mobili del minore, bisogna dunque supporre che colla sua disposizione il testatore non abbia inteso di rendere inalienabili, almeno pel tempo della minorità del beneficato, i beni trasmessigli; ma solo di liberare il tutore dall'obbligo, ingiuntogli dalla legge, di farne eseguire la vendita; sicchè cessato l'obbligo, ma rimasta la facoltà dell'alienazione, potesse questa aver luogo ancora secondo le norme comuni, cioè mediante l'autorizzazione del consiglio di famiglia, a tenore dell'art. 296 cod. civ.

Ora, posta così la questione, ci par davvero evidente che la disposizione del testatore avrebbe per oggetto di derogare ad una legge d'ordine pubblico, epperò non potrebbe avere alcuna efficacia, secondo la massima generale stabilita nell'art. 12 delle disposizioni preliminari. Rispettando l'alienabilità dei beni trasmessi al minore, ma dispensando il tutore dall'obbligo di venderli, che cosa vuole infatti il testatore? Niente altro che sostituire in sostanza un ordine proprio all'autorizzazione, che, giusta l'art. 290, avrebbe potuto dare il consiglio di famiglia al tutore per conservare i mobili del minore; colla differenza perciò, che mentre una simile autorizzazione non impedirebbe

al consiglio di poter deliberare più tardi, qualora un cambiamento di circostanze glielo suggerisse, che i mobili dovessero vendersi, data invece l'efficacia della dispensa ordinata direttamente dal testatore, essa non potrebbe più mai essere contraddetta da una deliberazione del consiglio, quali che ne fossero i motivi, e solo quando il tutore stesso volesse promuovere la vendita, potrebbe il consiglio autorizzarvelo. Non è egli evidente che con ciò la disposizione del testatore sovvertirebbe tutto l'ordinamento della legge intorno alle attribuzioni delle autorità tutorie? O può negarsi che le leggi relative a codesto ordinamento non siano d'ordine pubblico?

Non ha alcun valore evidentemente, la obbiezione, accennata da un nostro scrittore, che *la vendita dei mobili del minorenne non sia richiesta per motivi di moralità pubblica;* non bastando al certo che una disposizione privata non sia contraria alla pubblica morale, perchè possa sostituirsi alle disposizioni legislative in materia d'interesse generale, quale è quella del regime tutelare.

E neppur crediamo accettabile il concetto, che la dispensa del tutore dall'obbligo di vendere i mobili riducendosi nei suoi effetti, e nella peggiore ipotesi, ad una semplice diminuzione del benefizio che il minore stesso può trarre dalla liberalità usatagli, debba valere la dispensa perciocchè è libero il testatore di beneficare più o meno. Questa libertà, nessuno per certo vorrebbe contenderla ad un testatore, che dispone in favore di chi non è legittimario. Ma s'egli ha pienissima facoltà di lasciare a costui poco o molto, quando però gli usa una liberalità determinata, non è padrone di far dipendere una diminuzione eventuale di essa da un cangiamento ch'egli pretenda d'introdurre in quegli ordinamenti, che sono di esclusiva spettanza del legislatore, e che si attengono essenzialmente all'interesse generale.

Pel resto, non è da disconoscersi la giustezza della osservazione, che il consiglio di famiglia possa e debba

prendere in particolare considerazione la volontà del testatore per la conservazione dei mobili. Ma sarà questo semplicemente uno degli elementi, che il consiglio medesimo avrà ad assumere nella sua determinazione circa il concedere o negare quella conservazione; e potrà negarla, non ostante la contraria volontà del disponente, se così gli sembri richiedere l'interesse del minore.

195. Se però la dispensa del tutore dall'obbligo legale di vendere i mobili del tutelato non può aver luogo per disposizione privata, la legge stessa saggiamente ammette che tale dispensa possa essere accordata per deliberazione di quell'autorità, alla quale è affidata la direzione suprema degli affari della tutela. L'art. 290 nel secondo paragrafo dichiara infatti che: “ Il consiglio di famiglia “ potrà autorizzare il tutore a conservare i mobili in tutto “ od in parte „.

L'interesse del minore, che costituisce lo scopo finale di tutte le disposizioni della legge nell'ordinamento tutelare, non permetteva di rendere così inflessibile la regola che prescrive la vendita dei mobili, da non potersi piegar mai alle esigenze di circostanze contrarie; le quali possono talvolta rendere dannoso ciò che nelle condizioni comuni è vantaggioso, e come tale fu comandato con disposizione generale dalla legge. E poichè non era possibile prevedere tutte coteste circostanze, nè determinare norme generali per apprezzarle, fu il miglior consiglio quello che il legislatore adottò, di deferire pienamente anche in questa, come in tante altre contingenze dell'amministrazione tutoria, alle prudenti determinazioni dell'autorità che prepose a dirigerla. È dunque fuori di dubbio che la riferita disposizione dell'art. 290, conformemente alla generalità stessa dei termini in cui è formulata, è applicabile non solo per quei mobili che siano necessari all'uso personale del minore o alla sua istruzione, ma per quelli ancora, che, avuto riguardo alle condizioni speciali

in cui il minore stesso si trovi, all'età, alla posizione sociale, allo stato di fortuna di lui, alla professione od all'arte a cui aspiri, o ad altre circostanze, riesca opportuno di conservare. Ed è appunto in tali viste che alle deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela in questo particolare è lasciata una latitudine illimitata, sicchè esso può anche autorizzare la conservazione di tutti i mobili del minore.

Abbiam veduto che della regola generale stabilita nel paragrafo primo dell'art. 290 non è altro in fondo che una applicazione ciò che è disposto nel successivo art. 299, § 1, in ordine all'alienazione e liquidazione degli stabilimenti di commercio o d'industria, che fossero nel patrimonio del minore. Coerentemente, la stessa eccezione, che a quella regola è fatta nel secondo paragrafo del predetto articolo 290, doveva per identità di motivi estendersi pure agli stabilimenti di commercio o d'industria, che fossero nel patrimonio del minore; pei casi in cui circostanze particolari, tra le quali principalmente gli utili considerevoli risultanti dall'esercizio dei predetti stabilimenti, ai quali utili non potesse corrispondere il prezzo sperabile da un'alienazione, o l'essere il minore stesso già avviato a quell'esercizio commerciale o industriale su cui si proponesse di fondare il proprio stabilimento, consigliassero di non alienarli. È appunto per ciò che lo stesso articolo 299, nel secondo paragrafo, dichiara che " Il " consiglio di famiglia potrà permettere la continuazione " dell'esercizio *quando vi sia l'evidente utilità del minore:* " questa deliberazione sarà sottoposta all'omologazione " del tribunale ".

Nella quale disposizione troviamo nondimeno due differenze notevoli, a confronto del corrispondente art. 290, quantunque ispirati l'uno e l'altro dalle stesse considerazioni fondamentali. Nell'autorizzare la conservazione dei mobili del minore, in generale, il consiglio di famiglia ha un potere discrezionale illimitato; la legge non ha

dettato alcuna norma, che il consiglio debba specialmente osservare; tutto ha rimesso esclusivamente al prudente criterio di esso; e tanto che ne ha resa esecutiva senz'altro la deliberazione, nè l'ha sottoposta ad alcun sindacato, salvo soltanto l'esser essa impugnabile nei casi e coi mezzi ordinari. All'opposto, trattandosi di conservare nel patrimonio del minore gli stabilimenti di commercio o d'industria, che ne facciano parte, la legge è stata più rigorosa; ha prescritta al consiglio una norma imprescindibile da seguire, che nel continuare l'esercizio di tali stabilimenti debbasi riscontrare *la evidente utilità del minore;* e per guarentire l'osservanza di tale sua disposizione, ha poi stabilito che la deliberazione del consiglio debba essere sottoposta all'omologazione del tribunale. Del che tutto è facile riconoscere i motivi. Non si è voluto avventurare la fortuna del minore alle eventualità di lucro o di perdita inerenti all'esercizio d'un commercio o d'una industria, se non quando l'utilità di continuare quell'esercizio sia *evidente*, o per l'assoluta preponderanza delle probabilità di lucro, o per la condizione, in cui il minore si trovi, di doverne fare il proprio stabilimento personale, o per altre circostanze. D'altra parte, in cosa di tale natura e di tanta importanza potendosi temere la fallacia del giudizio che il consiglio di famiglia si formasse, si stimò prudente, a meglio premunirsi nell'interesse del minore, di esigere che la deliberazione del consiglio dovesse andar soggetta all'omologazione del tribunale, che certo non l'accorderà se non quando concorreranno tali elementi da non lasciar alcun dubbio intorno all'utilità di tale autorizzazione.

Tanto l'articolo 290 che il 299 parlano di *autorizzazione* che il consiglio di famiglia può dare al tutore, per conservare in tutto od in parte i mobili del minore; e di *permesso*, che il consiglio può concedere al tutore medesimo, per continuare l'esercizio d'uno stabilimento industriale o commerciale. Ciò potrebbe dare a pensare

che il consiglio non avesse facoltà di imporre al tutore, che non la chiedesse, la conservazione dei mobili, o la continuazione dell'esercizio dello stabilimento; e tale idea parrebbe tanto più confortata dalla considerazione, che la vendita dei mobili, l'alienazione o la liquidazione dello stabilimento commerciale o industriale, essendo la regola stabilita dalla legge, non fosse ammissibile la facoltà pel consiglio, a cui la legge medesima in termini espliciti non la concede, di obbligare, in via di eccezione, il tutore a curare la conservazione dei mobili, ad impegnarsi nel-l'esercizio d'uno stabilimento di commercio o d'industria, mentre d'altronde sappiamo che le attribuzioni del consiglio di famiglia, in limitazione dei poteri del tutore, sono da riguardarsi come *tassative* (1).

Nondimeno sull'articolo 452 del codice francese, a cui corrisponde il 290 del nostro, fu insegnato “ non “ esserne così imperativo il testo, da non potersi accordar “ pure al consiglio di famiglia il diritto di ordinare la “ conservazione di certi mobili, che il tutore si dispo- “ nesse, all'opposto, a far vendere „ (2). E crediamo che una simile massima sia accettabile anche presso noi, sì rispetto al predetto articolo 290, § 2, che al successivo 299, § 2.

È vero che le attribuzioni del consiglio di famiglia, in quanto arrechino limitazioni ai poteri del tutore, debbono riguardarsi come tassative; ma qui non manca il testo che dia al consiglio la facoltà di ordinare la conservazione dei mobili del minore o la continuazione nel-l'esercizio d'uno stabilimento commerciale o industriale, che sia nel patrimonio di lui. Si parla bensì di questa deliberazione del consiglio sotto l'aspetto d'una *autorizzazione*, d'un *permesso* dato al tutore, il che presupporrebbe una domanda di lui; ma di questa la legge non

(1) V. sopra, n. 43, pag. 148, 149.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 575.

fa una condizione necessaria per potersi emanare dal consiglio la sua deliberazione. La legge dispone secondo i casi più frequenti a verificarsi: e il caso più comune sarà appunto che l'iniziativa per la conservazione dei mobili, per la continuazione nello esercizio dello stabilimento, venga dal tutore. Ma sarebbe ben singolare e contrario manifestamente ai fini della legge, che quando eccezionalmente l'interesse del tutelato esigesse la conservazione dei mobili o la continuazione d'esercizio dello stabilimento, valesse ad impedirla assolutamente la sola resistenza passiva del tutore, interessato a sottrarsi alle maggiori cure che ciò gli cagionerebbe. D'altronde, al maggior gravame del tutore si può riparare con altri mezzi, a cui la legge provvede. Egli può farsi autorizzare dal consiglio ad assumere coadiutori stipendiati nell'amministrazione (art. 295 cod. civ.), può anche, consentendo a rassegnare il suo uffizio, esserne dispensato dal consiglio di famiglia (art. 276 cod. civile).

196. Se il tutore ottemperi alla disposizione della legge, od eseguisca puntualmente la deliberazione del consiglio di famiglia, in ciò che riguarda la vendita o la conservazione dei mobili del minore, non può, com'è evidente, incorrere in veruna responsabilità. La legge gli comanda di far vendere senza ritardo i mobili ai pubblici incanti; nè certo l'adempimento di questa sua obbligazione potrebb'essergli generalmente imputabile a colpa, sicchè dovesse rispondere dei danni, che, contro le previsioni della legge, fossero per eccezione derivati da quella vendita. Dicemmo però doversi questo ritenere generalmente, non parendoci da escludere che il tutore possa in qualche caso eccezionale esser tenuto a risarcire quei danni, quando al tempo della vendita si fossero verificate circostanze tali che ogni buon padre di famiglia non vi avrebbe proceduto, e tuttavia il tutore, sciente di tali circostanze, non si fosse curato d'invocare dal consiglio

di famiglia, come avrebbe dovuto per ufficio suo, la deliberazione che l'autorizzasse a conservare i mobili; molto più se tale ommissione fosse imputabile a dolo del tutore stesso.

Qualora il consiglio, sia per mozione del tutore, o per iniziativa propria, avesse ordinata la conservazione dei mobili, il tutore non avrebbe certamente veruna responsabilità dei danni che fossero proceduti dalla esecuzione di questo deliberato, la quale non costituiva anzi che l'adempimento d'una sua obbligazione; eccetto anche qui il caso che il tutore fosse colpevole di dolo nell'avere promossa una deliberazione che sapesse nociva all'interesse del minore — allo scopo, per esempio, di potersi egli servire dei mobili — e salva in ogni caso la responsabilità individuale, che gli potrebbe spettare come membro del consiglio, per aver preso parte alla deliberazione dannosa al minore; secondo le norme che in altro luogo dimostrammo.

Pei casi contrari, che il tutore avesse disobbedito alla legge non facendo vendere i mobili del minore, o facendoli vendere solo dopo trascorso il termine da essa prefisso, ovvero trasgredendo la deliberazione del consiglio, colla quale fosse stata determinata la conservazione dei mobili, li avesse all'opposto venduti, non troviamo stabilita testualmente contro il tutore veruna speciale sanzione. Di che la conseguenza può essere ed è questa sola: che avendo egli mancato all'adempimento dell'obbligazione legale, che gl'incombeva, di eseguire la disposizione dell'art. 290, § 1, o la deliberazione che a norma del paragrafo secondo del medesimo articolo era stata presa dal consiglio di famiglia, sia tenuto al risarcimento dei danni tutti, che da tale inadempimento siano derivati, e ne sia tenuto in conformità delle regole generali stabilite negli articoli 1218 e seguenti del codice civile.

Tra i casi di responsabilità del tutore annoveriamo anche quello in cui egli abbia fatto vendere i mobili, dei quali il consiglio di famiglia avesse deliberato la conser-

vazione. Nè ciò ammetterebbe forse neppur dubbio nel caso che una tale deliberazione fosse stata presa indipendentemente da istanza del tutore, o forse anzi contro l'avviso di lui. Ritenuto, come ci parve dimostrato nel numero precedente, che sia in facoltà del consiglio di ordinare la conservazione dei mobili non chiesta nè voluta dal tutore, questi ha pure fuor di dubbio l'obbligazione legale di osservare questa deliberazione una volta emanata; epperò, contravvenendovi, si espone altrettanto certamente a dover rispondere del risarcimento dei danni. Ma qualche incertezza e qualche dissenso tra gli autori si è manifestato per l'ipotesi differente, che il tutore sia stato autorizzato sopra sua domanda a conservare i mobili. Secondo alcuni quest'*autorizzazione a conservare*, vale *proibizione di vendere* rispetto al tutore, il quale non può dirsi che abbia veramente un diritto di vendere; è invece il consiglio di famiglia che ha il diritto di ordinare la conservazione dei mobili, e se esso così determina, al tutore non rimane che di uniformarsi a tale deliberazione (1). Secondo un'altra opinione, invece, il tutore ha il dovere e il diritto ad un tempo di vendere i mobili del minore; la deliberazione del consiglio di famiglia, che l'autorizzi a conservare in tutto o in parte quei mobili, gli attribuisce rispetto a ciò una facoltà, ma non gli toglie il diritto di venderli (2). Preferiamo la prima, sebbene riconosciamo che con questa ultima si accorderebbe meglio l'espressione letterale del testo, ov'è detto che il consiglio di famiglia *autorizza il tutore a conservare i mobili*. Ma non diamo soverchia importanza alla materialità delle parole, quando lo spirito della legge facilmente ci persuade d'un diverso senso di essa. Si è parlato di *autorizzazione data al tutore*, perchè sarà da lui che nel più dei casi verrà promossa la deliberazione del consiglio. Ma questa non può essere emanata, se non

(1) V. Proudhon, t. II, chap. XI, sect. I, § 2, pag. 377; Laurent, t. V, n. 21, pag. 25.

(2) V. Valette sur Proudhon, l. c., obs. I, pag. 379.

riconoscendosi dal consiglio stesso che sia necessaria o conveniente almeno nell'interesse del minore, la conservazione dei mobili di lui; e posto ciò, si attribuirebbe un concetto assurdo alla legge interpretandola nel senso, che in seguito alla deliberazione predetta avesse voluto dare al tutore una semplice facoltà di fare ciò che è reputato necessario od utile, conservandogli il diritto di fare quello che è riconosciuto dannoso pel minore. Abbiam detto che non essendo stabilita dalla legge altra speciale sanzione contro il tutore, che abbia contravvenuto o alla disposizione di essa non vendendo i mobili o vendendoli troppo tardi, o alla deliberazione del consiglio vendendo i mobili che questo avesse determinato doversi conservare, il tutore sarà tenuto al risarcimento dei danni che ne siano derivati. Ma appunto perchè non può trattarsi d'altro che di risarcimento di danni, è evidente la necessità che sia provata, avanti tutto, l'esistenza dei danni dei quali si chiede la riparazione. Cosicchè, se nonostante l'inosservanza da parte del tutore del disposto dalla legge o del deliberato dal consiglio di famiglia, non ne fosse provenuto danno alcuno, e tanto più se al contrario l'interesse del minore ne fosse stato avvantaggiato, non potrebbe certamente esser caso di responsabilità veruna pel tutore stesso. Abbiam detto pure che al risarcimento, che sia chiesto contro il tutore, sono applicabili le norme comuni; epperò è da ritenersi principalmente doversi risarcire tanto la perdita sofferta, quanto il guadagno di cui sia stato privato il minore (art. 1227 cod. civ.), ma non potersi mai estendere i danni, se non a ciò che sia una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione che incombeva al tutore.

Dipendentemente dai preaccennati principii, qualora il tutore, non essendo autorizzato dal consiglio di famiglia a conservare i mobili del minore, abbia ommesso di venderli, sarà tenuto principalmente a rifondere al minore la differenza tra il valore che i mobili stessi avevano

allo spirare dei due mesi successivi alla formazione dell'inventario, e quello che abbiano al finire della tutela (1). Altri ha insegnato che spetti al minore il diritto di reclamare a sua scelta o i mobili in natura, col carico al tutore d'indennizzarlo della differenza nel valore, o il prezzo di stima risultante dall'inventario (2). Ma questo diritto di scelta, che vorrebbesi attribuire al minore, è un'aggiunta che si farebbe arbitrariamente alla legge, nè concorda coi principii generali di diritto. La proprietà dei mobili invenduti è, e rimane del minore; egli non può quindi preferire di reclamarne il prezzo di stima; unico suo diritto è di esigere l'indennità del deprezzamento che il valore di quei mobili abbia subìto. Inoltre può il tutore nel medesimo caso esser condannato a pagare gl'interessi che avrebbero potuto esser prodotti dal prezzo della vendita che dovea fare; giacchè la perdita di quegli interessi costituisce appunto uno dei danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'avere ommessa la vendita, la quale era prescritta dalla legge precisamente allo scopo di realizzare i valori di spettanza del minore e renderli fruttiferi. Ben s'intende che a diminuzione di tali interessi, od anche a liberarne completamente il tutore, sarebbe da tener conto degli utili che potessero esser derivati al minore dall'uso fatto dei mobili (3). Un terzo oggetto di risarcimento potrebb'essere pure il perimento, che si fosse verificato, dei mobili invenduti; e ciò quand'anche la perdita fosse dipesa da caso fortuito (4); poichè se il tutore avesse adempita la propria obbligazione vendendo i mobili, il danno di quel perimento non sarebbe toccato al minore.

Massime simili sarebbero applicabili congruamente anche al caso in cui il tutore, pur facendo la vendita, l'avesse ritardata oltre al termine prefisso dalla legge; salvochè

(1) Laurent, t. V, n. 20, pag. 22, 23.
(2) Demolombe, t. VII, n. 584.
(3) V. Laurent, l. c.
(4) V. Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 24.

qui non sarebbe più possibile parlar di danni dipendenti da perimento dei mobili, se non per un perimento parziale di essi; e la differenza di valore da risarcirsi dovrebbe risultare dal confronto tra il valore che i mobili avevano allo spirar dei due mesi successivi alla formazione dell'inventario, e il prezzo ricavato dalla vendita; e gl'interessi da rifondersi non dovrebbero essere computati che pel tempo decorso dalla scadenza del termine surricordato al giorno in cui fosse stata tardivamente effettuata la vendita.

Se in fine, il tutore avesse venduti i mobili, che il consiglio di famiglia avea deliberato di conservare, dovrebbe rispondere principalmente della differenza tra il prezzo realizzato e il valore che i mobili stessi avrebbero avuto al finire della tutela, oltre ad ogni altro danno risarcibile secondo le norme generali a cui abbiamo accennato essere necessario di riferirsi.

IV.

Delle determinazioni da chiedersi al consiglio di famiglia, in ordine al limite delle spese annuali ed all'impiego degli avanzi sulle rendite.

Sommario. — 197. Ragioni ed oggetti delle deliberazioni che si richiedono dal consiglio di famiglia in questa materia. — 198. Norme che il consiglio deve seguire in tali deliberazioni. — 199. Modificazioni possibili delle deliberazioni prese, durante il corso della tutela. — 200. 1). Delle spese per il mantenimento, la educazione e la istruzione del minore. — 201. 2). Delle spese di amministrazione. — 202. Facoltà spettante al consiglio di famiglia, di autorizzare il tutore ad assumere coadiutori stipendiati. — 203. Effetti delle deliberazioni prese dal consiglio intorno alle spese personali pel minore, ed a quelle per l'amministrazione dei beni di lui. — 204. Sanzioni nelle quali incorre il tutore se manchi di provocare le deliberazioni del consiglio intorno al limite delle spese. — 205. 3). Determinazioni del consiglio di famiglia intorno all'impiego degli avanzi sulle rendite. — 206. Responsabilità del tutore, pel caso in cui abbia ommesso di promuovere tali deliberazioni. — 207. Responsabilità del tutore, pel caso in cui non eseguisca le deliberazioni che il consiglio abbia prese. — 208. Se le stesse norme siano applicabili per analogia all'impiego dei capitali del minore.

197. Accertata mediante l'inventario la consistenza del patrimonio del tutelato, le norme d'una savia ammi-

nistrazione richiedono che si stabiliscano avanti tutto le basi di essa, col determinare preventivamente la spesa che occorra per provvedere convenientemente ai bisogni personali ed al governo dei beni del minore, e che possa essere sostenuta nei limiti delle forze del patrimonio da amministrarsi; richiedono che, in ciò fare, si curi quanto sia possibile il risparmio, e questo venga poi investito ad aumento della sostanza capitale dell'amministrato, accrescendone corrispondentemente anche le rendite.

E poichè nella legislazione nostra fu accolta l'istituzione del consiglio di famiglia, al quale si volle affidata la suprema direzione degli affari della tutela, era anche naturale che codesto collegio fosse chiamato a stabilire in modo obbligatorio pel tutore le norme fondamentali che questi dovesse seguire nell'amministrazione che ha ad intraprendere; prefiggendogli il limite delle spese ordinarie, e regolando l'impiego degli avanzi che avessero a verificarsi sulle rendite.

Di simili provvedimenti era già infatti stato dato l'esempio da legislazioni anteriori (articoli 454, 455, 456 cod. Napoleone; 377, 378, 379 cod. Due Sicilie; 328, 329, 330 cod. Alb.); e quelle stesse che non avevano la istituzione del consiglio di famiglia permanente, affidavano invece al giudice pupillare di determinare in principio della tutela, sovra proposta del tutore, la spesa annua da sostenersi per l'amministrato, e di stabilire il tempo, il modo e la quantità in cui dovessero impiegarsi gli avanzi che risultassero dai conti annuali da presentarsi al giudice stesso (art. 240, 241, 242 cod. Parm.; 272, 273, 275 cod. Est.). Un tale esempio doveva tanto più essere seguìto nel codice Italiano, conformemente all'intento propostosi, di scemare la responsabilità del tutore, e ridurre così a minori proporzioni il bisogno della cauzione, con l'estendere la vigilanza e le attribuzioni del consiglio di famiglia. Oltre di che lo studio preliminare, che il consiglio è costretto a fare sullo stato patrimoniale del tutelato,

per potere con fondamento di cognizioni prendere le deliberazioni a cui la legge lo chiama, giova a rendere più illuminata ed efficace la vigilanza ch'esso ha poi da esercitare nel corso dell'amministrazione; e le deliberazioni stesse riescono eziandio ad attribuirgli un'indiretta influenza sulla intiera gestione, moderando l'azione del tutore tanto in ordine al mantenimento, all'istruzione ed educazione del minore, che al governo dei beni, col determinare le spese da sostenersi per questi oggetti.

Con tali intendimenti furono scritte nel nostro codice le disposizioni degli art. 291, 294 e 295; le quali pongono tra le attribuzioni del consiglio di famiglia, come uffici ch'esso deve adempiere al cominciarsi dell'esercizio della tutela, ed appena sia compiuta la formazione dell'inventario:

1° Di stabilire approssimativamente l'annua spesa per il mantenimento, la educazione e la istruzione del minore;

2° Di stabilire in modo parimente approssimativo le spese da sostenersi annualmente per l'amministrazione del patrimonio del tutelato, comprendendo fra esse, se abbisogni, anche lo stipendio per uno o più coadiutori del tutore nell'amministrazione stessa;

3° Di determinare la somma da cui abbia a cominciare pel tutore l'obbligo d'impiegare gli avanzi delle rendite, nonchè il modo dell'impiego, il tempo entro cui debba essere fatto, ed anche, occorrendo, le cautele speciali per l'esazione e l'impiego di quella parte di rendite che ecceda la somma prestabilita delle spese annue.

198. I provvedimenti ora accennati devono essere presi dal consiglio di famiglia al cominciare dell'esercizio effettivo della tutela: "*compiuto l'inventario*", dice l'articolo 291, prima del qual compimento l'amministrazione del tutore deve rimaner limitata, secondo l'art. 289, agli affari che non ammettono dilazione. Nè è prefisso, dopo il

giorno in cui sia compiuto, depositato e confermato con giuramento l'inventario, a norma dell'art. 282, alcun termine entro il quale debbano essere promossi ed emanati i provvedimenti predetti; donde apparisce, ed è d'altronde necessario per lo scopo della disposizione, che debbano essere dati senza ritardo, incorrendo altrimenti il tutore, o, secondo i casi, anche il consiglio di famiglia in quella responsabilità di cui avremo a parlare più oltre.

I provvedimenti predetti sono poi applicabili per tutto il corso della tutela, salvo le modificazioni che potrebbero durante quel tempo venirvi apportate per nuove deliberazioni, che il consiglio stimasse opportuno di emanare; ciò che è anche abbastanza dimostrato dalla stessa espressione usata nel testo, di *spese annue*, che accenna a spese le quali abbiano a rinnovarsi ogni anno.

Nessuna limitazione impose la legge alla facoltà, ch'essa attribuì al consiglio di famiglia, di determinare a suo prudente criterio l'ammontare annuo delle spese, tanto personali pel minore, che riguardanti l'amministrazione del patrimonio. Ed era il meglio possibile, di deferire in ciò con illimitata fiducia al potere discrezionale del consiglio famigliare; perciocchè la indefinita varietà delle circostanze, che debbono aversi in vista per simili determinazioni, non altro avrebbe permesso al legislatore che di dettare tutto al più qualche norma generale ed astratta, che d'altronde sarebbe stato superfluo l'esprimere. Così non vi ha dubbio che l'ammontare delle spese per il mantenimento, l'educazione e la istruzione del minore, debbasi stabilire tenendo conto della fortuna e della condizione sociale di lui, delle attitudini e delle inclinazioni ch'egli manifesti; che la somma annua delle spese per l'amministrazione del patrimonio debba essere determinata avendo riguardo alla entità di esso, alla natura speciale dei beni che lo compongono, allo stato di più o meno buona conservazione in cui essi si trovino. Ma codeste ed altre simili norme generali, a suggerir le quali basta il comun senso e

l'ordinaria prudenza d'ogni buon padre di famiglia, la legge neppur volle accennarle, al fine di evitare perfino l'apparenza d'avere inteso d'imporre un limite qualsiasi alla libera facoltà, che in questo particolare si riconobbe più opportuno di concedere al consiglio di famiglia.

199. Quantunque le deliberazioni del consiglio sugli accennati oggetti siano di natura loro obbligatorie pel tutore durante l'intiero corso della gestione tutelare, non sono per questo immutabili. Può darsi che cangino le circostanze; che la fortuna del minore aumenti o diminuisca, che si debba mutare indirizzo alla istruzione di lui, che per grave e lunga infermità divenga necessario di aumentare le spese sue personali, o che al contrario si possa diminuirle notabilmente per una guarigione fortunata, che per novità verificatesi nel patrimonio soggetto alla tutela si faccia luogo a maggiori o minori spese di amministrazione, che per mutate condizioni del patrimonio stesso o del mercato finanziario divenga prudente il modificare ciò ch'era stato stabilito intorno al tempo ed al modo d'impiego degli avanzi sulle rendite. In queste ed altre simili contingenze il ritenere invariabili le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia a principio della tutela in presenza di tutt'altre circostanze, sarebbe per certo irragionevole, contrario allo scopo della legge, diretta sempre ed unicamente a proteggere gli interessi del minore; sarebbe contrario ai principii, secondo i quali le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia sono revocabili ogni qualvolta l'interesse del tutelato lo consigli, e purchè non vi ostino diritti acquisiti di terze persone. Il consiglio può dunque sempre, finchè la tutela duri, o in seguito a richiesta del tutore, od anche d'ufficio, aumentare o diminuire la somma delle spese, siano personali o d'amministrazione, che il tutore medesimo è autorizzato a fare annualmente. Ed anzi, qualora nelle condizioni personali del minore o patrimoniali si fosse verificato durante l'amministrazione tutelare un notabile

cangiamento, il tutore avrebbe non solo diritto, ma dovere di promuovere dal consiglio nuove determinazioni; e non facendolo incorrerebbe nelle medesime sanzioni, che la legge gli minaccia pel caso che ommetta di promuovere simili deliberazioni dal consiglio al cominciare della tutela; e qualora poi avesse considerevolmente ecceduto sulla somma di spesa a cui era stato abilitato, senza averne chiesta ed ottenuta all'uopo una nuova autorizzazione, potrebbe esserne ritenuto personalmente responsabile, salvochè provasse di avere agito sotto l'impero di esigenze imprescindibili ed urgenti.

200. 1). Già accennammo alle norme generali, che il consiglio di famiglia deve seguire nel determinare la somma da destinarsi annualmente per le spese di mantenimento, di educazione e d'istruzione del minore (1).

È indubitabile che di regola una tal somma debba non eccedere quella che rappresenti le rendite annue del patrimonio del minore stesso depurate da ogni passività, sicchè non abbia ad intaccarsi, ma si conservi illesa almeno la sostanza capitale, ed anzi, per quanto sia conciliabile col soddisfacimento dei bisogni veri dell'amministrato pel suo mantenimento, per l'educazione e l'istruzione, si procuri di ottenere sulle rendite degli avanzi da portarsi in aumento del patrimonio. Il legislatore nostro però non fa cenno espresso di questa, che pure è regola di savia amministrazione, nè può reputarsi da lui dimenticata e tanto meno ripudiata; ed anzi, mentre nei codici anteriori leggevasi che la somma annua delle spese personali pel minore dovesse dal consiglio di famiglia essere determinata *secondo l'importare dei beni amministrati*, soppresse anche codesta espressione, forse perchè poteva da essa ingenerarsi il dubbio che l'entità delle rendite del minore dovesse costituire un limite assoluto e insu-

(1) V. sopra, n. 198, pag. 892.

perabile delle spese da sostenersi per lui. Del resto, anche sotto quelle legislazioni tale dubbio veniva dalla dottrina concordemente risolto nel senso che la spesa dovesse bensì normalmente proporzionarsi alle rendite, ed anzi rimanere possibilmente inferiore ad esse; ma che fosse riserbato alla prudenza del consiglio di famiglia di potere in casi eccezionali autorizzare il tutore a valersi anche della sostanza capitale per provvedere al mantenimento, all'educazione ed istruzione del minorenne, qualora ciò fosse inevitabile; atteso alla insufficienza delle rendite stesse onde somministrare al tutelato i mezzi indispensabili per campare la vita, od anche onde dargli istruzione ed educazione convenienti alla sua condizione sociale, abilitandolo con esse ad assicurarsi uno stabilimento che può valergli, fu detto giustamente, come il migliore e il più sicuro dei capitali (1).

Tanto più deve ciò ritenersi sotto il codice nostro, che a dimostrare la pienezza della facoltà, che intendeva attribuire al consiglio di famiglia in rapporto alla determinazione delle spese da sostenersi annualmente pel minore, tolse dalla disposizione sua quelle parole che potevano far pensare ad una limitazione riferibile alla entità delle rendite, e deferì quella determinazione al potere discrezionale del consiglio di famiglia colle espressioni più generali ed assolute.

Si è dubitato se la deliberazione, colla quale il consiglio di famiglia autorizzi il tutore a sostenere annualmente pel minorenne spese superiori all'ammontare delle rendite, debba andare soggetta all'omologazione del tribunale; e la questione fu risolta negativamente (2).

Nè ciò pare contestabile, poichè le deliberazioni del consiglio hanno in sè stesse perfetta autorità per essere

(1) Toullier, t. II, n. 1210; Duranton, t. III, n. 559; Demolombe, t. VII, n. 601; Laurent, t. V, n. 23.

(2) V. Duranton, Demolombe, l. c.; Chardon, *Traités des trois puiss.*, p. III, n. 384.

eseguite, nè sono soggette alla forma dell'omologazione, se non nei casi in cui la legge espressamente lo esiga, ciò che non è di quello del quale si tratta. Ma ben s'intende che qualora per provvedere alle spese determinate dal consiglio divenisse necessario prendere denaro a prestito, alienar beni, o darli a pegno od ipoteca, o fare altri atti tra quelli pei quali l'art. 301 del codice civile esige una deliberazione omologata dal tribunale, sarebbe indispensabile che il consiglio di famiglia emettesse all'uopo una deliberazione speciale, e questa venisse sottoposta alla omologazione.

Fu proposta pure la questione, se il consiglio di famiglia possa convenire col tutore che questi provveda al mantenimento, alla educazione ed istruzione del minore mediante il correspettivo d'una somma determinata da prendersi sulle rendite del minore stesso. Ed è sembrato ad alcuni autori, che una simile convenzione, la quale non incontra ostacolo in veruna proibizione espressa di legge, sia per ciò stesso da reputarsi permessa e valida, ed arrechi anche il vantaggio d'una maggiore semplificazione nei rapporti tra il tutore e l'amministrato pel rendimento dei conti (1).

Altri, all'opposto, ha pensato che una tale convenzione sarebbe contraria, se non al testo, allo spirito della legge. E questa opposizione ha scorta nel carattere aleatorio, che assumerebbe il contratto, nella cui esecuzione il tutore troverebbesi in continuo conflitto tra il proprio dovere e il proprio interesse, e da questo sarebbe spinto a cercare per sè un lucro, al quale corrisponderebbe necessariamente un danno del tutelato. Il consiglio di famiglia, si osserva, non può aver il potere di creare esso medesimo tra il tutore ed il pupillo quella opposizione d'interessi, che la legge ha avuto cura di evitare, vietando a quello di comprare i beni del minore, di accettare la cessione

(1) V. Duranton, t. III, n. 560; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 36.

di alcuna ragione o credito verso il medesimo, e perfino di prenderne in affitto i beni, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e prescrivendo che dove l'opposizione d'interessi sia inevitabile, cessi nel tutore per quei determinati affari la rappresentanza del minorenne, la quale debba essere esercitata in vece dal protutore (1).

Senza disconoscere la forza degli argomenti, ai quali si appoggia quest'ultima opinione, reputiamo tuttavia preferibile la prima. Crediamo che nel risolvere questo dubbio sia da attribuirsi non lieve importanza alla considerazione che la legge, la quale pure ha espressamente proibita la costituzione di vari altri rapporti d'interesse tra il tutore e il tutelato, non ha detto parola per vietare che il consiglio di famiglia possa affidare al tutore il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, assegnandone al tutore stesso il compenso in una somma determinata per le spese relative. E quanto a dire che, in mancanza d'un testo di legge, osti ad un tale accomodamento lo spirito di essa, e l'ordine pubblico, impegnato sempre in quanto riguarda l'ordinamento della tutela, ciò non ci sembra giustificato. Come si può pensare che siano offesi gl'intendimenti del legislatore, diretti in tutto al maggior bene, alla migliore protezione del minorenne, perchè il consiglio di famiglia, reputando non esservi partito più conveniente che quello d'affidarne il mantenimento, l'educazione e l'istruzione al tutore, così deliberi accordando al tutore stesso i congrui risarcimenti? Può il consiglio, per espressa disposizione dell'art. 278, deliberando sul luogo in cui il minore debba essere allevato e sulla educazione che convenga dargli, stabilire che sia collocato in un collegio o presso un istituto privato, e che l'amministrazione tutelare paghi la retta corrispondente. E non potrà ordinare che rimanga presso il tutore, se ciò giovi meglio al minorenne stesso, determinando il congruo

(1) Laurent, t. V, n. 24, pag. 28, 29.

compenso da corrispondersi? Noteremo anzi a questo proposito come ci sembri che la deliberazione del consiglio e l'accettazione di essa per parte del tutore neppur costituiscano i caratteri veri e proprii di un contratto commutativo. Il consiglio, esercitando la facoltà che gli compete pel disposto dell'articolo 278, delibera che il minore debba essere allevato nella casa del tutore, alle cui cure rimanga direttamente affidata l'istruzione e l'educazione di lui; e stabilisce, a norma del successivo art. 291, l'ammontare annuo delle spese, che quindi verrà percepito dal tutore stesso a titolo di rimborso. Il tutore accettando questo speciale incarico, che potrebbe rifiutare, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento, all'educazione e all'istruzione del minore, mediante quella somma, la quale però sarà ricevuta da lui come indennità, anzichè quale correspettivo contrattuale. Accettando di eseguire la deliberazione del consiglio egli compie un atto unilaterale produttivo di obbligazione, piuttostochè perfezionare col proprio consenso un vero e proprio contratto bilaterale; la causa della obbligazione ch'egli assume sta nel migliore adempimento del pietoso ufficio suo verso il minore, non nel correspettivo della somma annua di cui avrà credito verso l'amministrazione della tutela; quella somma costituirà per lui un risarcimento di danni, non già un vantaggio che intenda a procurarsi mediante l'equivalente del mantenimento, della educazione ed istruzione da prestarsi al minore come se facesse un vero contratto a titolo oneroso, come avverrebbe se fosse un estraneo che prendesse a retta il minore.

E se questo modo di considerare le cose non è, come non ci sembra, inesatto, vi saranno conseguenze importanti a dedurne. Se si trattasse d'un vero contratto, non avendo il consiglio di famiglia la rappresentanza legale del minore negli atti civili che per lui occorrano, ed essendovi d'altra parte opposizione d'interessi col tutore, converrebbe, a norma dell'articolo 266 cod. civile, che

intervenisse il protutore a prestare il consenso alla convenzione in nome del minorenne. Ma non sarà così, avendo il consiglio di famiglia esaurito l'ufficio suo colla deliberazione presa a tenore dei combinati art. 278 e 291, e l'accettazione da parte del tutore costituendo un semplice atto unilaterale, col quale egli assume obbligazione di eseguire nell'interesse del minore il deliberato del consiglio. Se si trattasse d'un vero contratto, esso, una volta che fosse legalmente formato, non sarebbe più revocabile, se non per mutuo consenso dèlle parti. Trattandosi invece d'una semplice dichiarazione del consiglio, alla quale il tutore si è obbligato di dare esecuzione, e le deliberazioni del consiglio essendo sempre revocabili nell'interesse del minore, purchè ciò non offenda diritti acquisiti di terze persone, il consiglio potrà ritrattare o modificare la risoluzione presa, senza bisogno che concorra il consenso del tutore.

Dopo ciò non abbiam bisogno di dire quanto ci sembri imprecisa l'opinione contraria, allorchè nell'aggiustamento con cui il consiglio di famiglia incarichi il tutore di provvedere al mantenimento, all'educazione ed istruzione del minore, verso corresponsione d'una somma determinata, vuole anzi trovare gli estremi d'un *contratto aleatorio;* carattere, del resto, che quando pure si trattasse veramente d'un contratto, neppur sarebbe possibile di riscontrarvi, giacchè sì dall'una che dall'altra parte l'equivalente rispettivamente stipulato in correspettivo dell'obbligazione contratta non consisterebbe in vantaggi semplicemente dipendenti da avvenimenti incerti, ma in prestazioni determinate da un lato, in una determinata somma di danaro dall'altro.

Nè crediamo potersi dire con fondamento che il consiglio di famiglia venga a creare una opposizione d'interessi, coll'affidare direttamente il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minorenne al tutore, e coll'assegnare a quest'ultimo un congruo risarcimento delle spese occor-

renti. Nè ci muove l'esempio degli atti che la legge ha vietati al tutore nell'articolo 300 del cod. civ., sia perchè in quei casi sarebbesi incontrata veramente una diretta opposizione d'interessi tra tutore e tutelato, sia perchè allora avendo la legge voluto proibire, lo ha dichiarato espressamente.

Ben però dobbiamo soggiungere, che alcuni degli autori, la cui opinione ci parve nel senso sopraddetto accettabile, vollero spingersi più oltre, ammettendo che il consiglio di famiglia possa eziandio *abbandonare al tutore, in compenso delle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del minorenne, tutto l'ammontare delle rendite di quest'ultimo, a rischio e pericolo del tutore stesso* (1). Ma a tanto non si potrebbe certamente arrivare nell'ordine d'idee che ci siamo ingegnati di esporre più sopra. Il consiglio di famiglia, che prendesse una simile deliberazione, non si conterrebbe più entro i limiti delle attribuzioni assegnategli dall'art. 291, poichè non stabilirebbe in una somma determinata l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore. Deliberando invece un compenso tra quelle spese non valutate e il totale ammontare delle rendite del patrimonio tutelare, uscirebbe affatto dai termini d'una semplice indennità accordata al tutore, vi sostituirebbe invece rapporti che potrebbero arrecare al tutore stesso guadagni o perdite, secondochè aumentassero o diminuissero le rendite del patrimonio tutelare; rapporti, quindi, che non potrebbero essere stabiliti se non con un vero e proprio contratto, il quale assumerebbe realmente, in questo caso, il carattere di aleatorio, giacchè l'equivalente della obbligazione assunta dal tutore di provvedere alle spese occorrenti pel minorenne, consisterebbe in quelle rendite, le quali potrebbero essere superiori o inferiori alle spese, od anche ridursi a quasi nulla, dipendentemente da avvenimenti incerti. Allora pertanto, delle

(1) V. Aubry et Rau, l. c.

considerazioni che abbiamo stimato di poter proporre a giustificazione della opinione che adottammo, nessuna sussisterebbe più, diverrebbero invece giustamente applicabili tutti gli argomenti della opinione contraria; e reputeremmo noi pure che il consiglio di famiglia, nonchè avere facoltà di convenire in tal modo col tutore, per il che gli mancherebbe anche la qualità legale, non essendo al consiglio di famiglia che la legge conferisca il mandato di rappresentare il minore nelle contrattazioni che occorrano per l'interesse di lui, non potesse nemmeno autorizzare colla propria deliberazione un tale contratto, che sarebbe in opposizione al testo stesso dell'art. 291, non meno che allo spirito della legge, e creerebbe veramente una opposizione d'interessi tra l'amministrato e il tutore, il quale sarebbe stimolato a procurarsi un guadagno accrescendo le rendite, a scapito del fattibile miglioramento, o forse anche della sostanza stessa del patrimonio tutelare.

Questa risoluzione, che sarebbe in ultimo conciliativa delle due opposte opinioni, varrebbe nel medesimo tempo a guarentire sott'ogni aspetto l'interesse del minore, che le leggi in questa materia hanno per supremo scopo di proteggere; poichè mentre non sarebbe impedito di lasciare al tutore la cura di provvedere direttamente al mantenimento, all'educazione ed istruzione del pupillo, sarebbe evitato il pericolo che ciò divenisse occasione a speculazioni dannose al pupillo stesso.

201. 2). Le *spese per l'amministrazione del patrimonio*, delle quali pure il consiglio di famiglia deve in principio della tutela, appena che sia compiuto l'inventario, stabilire per approssimazione l'annuo ammontare, comprendono tutte quelle che siano da presumersi occorrenti in modo ordinario e costante per la conservazione dei beni del minore, facendo intorno ad essi quelle riparazioni minute, che pur variando di oggetti, si riproducono nel periodo di ciascun anno quasi sempre e all'incirca

nella medesima somma, per coltivare i fondi, e in genere far produrre dai beni del minore i frutti di cui siano suscettibili; per raccogliere i frutti stessi, conservarli, ridurli allo stato in cui divenga più facile e proficua la realizzazione del loro valore, e farne la vendita; pei viaggi necessari onde esercitare sui beni compresi nella tutela l'opportuna sorveglianza, o per compensare l'opera di chi la presti; per la tenuta dei registri, scritturazione e computisteria relative; e, per dir tutto in breve, ogni sborso che sia ordinariamente e costantemente necessario od utile per condurre da buono e savio amministratore il governo dei beni del tutelato.

Da ciò facilmente si scorge quanto importante e vantaggiosa possa essere l'influenza, sebbene indiretta, che col mezzo di questa sua attribuzione può il consiglio esercitare sull'azienda tutelare, dandole quell'indirizzo che meglio giovi agl'interessi del minore; poichè, dipendendo dalla deliberazione del consiglio il porre a disposizione del tutore i mezzi necessari per condurre l'amministrazione in uno piuttostochè in altro modo, gli è dato con ciò di potere impedire che il tutore stesso segua un avviamento da cui siano temibili nocivi risultamenti; come d'altra parte può il consiglio, non scambiando la parsimonia ragionevole con una male intesa gretteria, rendere al tutore men gravoso, più facile ed efficace l'ufficio suo.

Per altro saremmo assai lontani dall'accogliere il concetto suggerito da un esimio scrittore nostro, il quale, trasformando in un'ingerenza diretta del consiglio di famiglia quella semplice influenza indiretta, che nella parte esecutiva dell'amministrazione tutelare gli si volle dalla legge concedere, insegna potere il consiglio ordinare che debbasi continuare il metodo di coltura già adottato nei fondi del minore, o mutarlo; accrescere o diminuire la forza dei mezzi di coltivazione; valersi di certe macchine, usare certi metodi d'irrigazione, ecc.:

e che il tutore non possa allontanarsi da queste prescrizioni, se non dopo avere invocate ed ottenute in proposito nuove deliberazioni del consiglio (1). Or ci sembra che con ciò vengasi a spostare manifestamente l'azione del consiglio di famiglia, facendola esorbitare dalla cerchia che le fu prefinita dalla legge. Se il consiglio potesse dettare simili norme particolareggiate ed obbligatorie di condotta al tutore, non sarebbe più questi l'amministratore dei beni soggetti alla tutela, come lo ha dichiarato l'art. 277, ma in realtà amministrerebbe il consiglio di famiglia, di cui il tutore sarebbe semplice strumento per l'esecuzione materiale di ciò che il consiglio avesse stabilito di fare. Nè dobbiamo dimenticare che anzi, per principio fondamentale, il tutore è dalla legge rivestito di tutti i poteri necessari per governare da buon padre di famiglia i beni del tutelato, e nell'esercizio di tali poteri dee reputarsi in generale indipendente e libero, eccetti solo quei casi od atti speciali pei quali la legge lo abbia assoggettato all'adempimento di forme abilitanti (2).

Ora la legge ha bensì attribuito al consiglio di famiglia un potere che lo mette in grado d'infrenare l'azione del tutore anche in ciò che riguardi la semplice amministrazione ordinaria, al fine d'impedirgli che trasmodi in danno del tutelato; ma questo potere vien fatto consistere unicamente nel limitare la spesa annua totale, che per titolo d'amministrazione patrimoniale possa portarsi nei conti della tutela a carico dell'amministrato. Non è però data al consiglio la facoltà di frazionare questa spesa assegnando i singoli oggetti in cui debba essere parte per parte erogata, e meno ancora di prescrivere norme obbligatorie al tutore, quasi a guidarlo per mano in ciascuna delle particolari operazioni anche della semplice amministrazione ordinaria. Ciò non è scritto nella legge,

(1) Borsari, *Comm.*, art. 291, vol. I, § 614; II, pag. 978.
(2) V. sopra, n. 19, pag. 55 e segg.

epperò costituirebbe un'arbitraria estensione dei poteri del consiglio di famiglia, un'arbitraria limitazione degli uffici del tutore; nè si accorderebbe guari collo spirito della legge stessa, la quale ha fatto del tutore l'amministratore dei beni del minorenne, sotto la vigilanza bensì e la direzione del consiglio di famiglia, ma non ne ha fatto un semplice ministro dei voleri del consiglio nell'amministrazione, di cui quest'ultimo eserciti realmente i poteri.

Un simile errore fu segnalato e combattuto da un illustre autore (1); il quale però fraintendendo, per quanto a noi sembra, l'opinione manifestata da un altro giureconsulto, si è spinto più innanzi; ed ha professato che il consiglio di famiglia manchi di competenza per regolare le grosse e straordinarie spese, in ispecie di riparazioni ad immobili, delle quali occorra il bisogno durante la tutela, e che il tutore possa fare queste spese senza esser tenuto a chiedere veruna autorizzazione al consiglio di famiglia; il che ne sembra eccessivo.

Il Demolombe non ha sostenuto, come gli farebbe dire il Laurent, che *il consiglio di famiglia possa intervenire nell'amministrazione giornaliera della tutela*, ciò che sarebbe veramente erroneo; ma notando come l'ufficio dato al consiglio, di determinare la somma delle spese per la gestione patrimoniale, gli attribuisca un potere efficacissimo, benchè indiretto, sulla condotta generale dell'amministrazione tutoria, ha accennato a modo di esempio, che “ sarebbe il consiglio di famiglia, che deciderebbe col “ suo voto se si avesse a fare una determinata ripara- “ zione o ricostruzione, o se non convenisse meglio di “ abbattere un edifizio, la cui riparazione o ricostruzione “ costerebbe più di quanto potesse dopo valere (2) „, e reputiamo che in ciò egli sia perfettamente nel vero. Secondo

(1) V. Laurent, t. V, n. 26, pag. 31, 32.
(2) V. Demolombe, t. V, p. II, n. 605.

l'art. 454 del codice Francese, e così pure secondo il 291 del nostro, il consiglio di famiglia in principio della tutela deve stabilire per approssimazione l'annua spesa per l'amministrazione del patrimonio; quella spesa ordinaria, che dipendendo dalla entità, dalla natura e situazione dei beni, si riprodurrà costantemente e quasi identicamente ogni anno. Dobbiam dedurne che qualora si tratti invece d'una spesa straordinaria, come quella che fosse occasionata dalla rovina totale o parziale, o dall'incendio d'un fabbricato, per ripararlo o ricostruirlo, il consiglio di famiglia non abbia, come dice il Laurent, competenza a decidere se quella spesa debbasi fare o no, e che il tutore possa sostenerla, nei limiti s'intende del bisogno, senza esser tenuto a farne regolar l'ammontare dal consiglio? È egli possibile ammettere che la legge, la quale per prudente cautela nell'interesse del tutelato vuol regolate dal consiglio di famiglia le spese minori, ordinarie, inevitabili, determinate dalla necessità stessa delle cose, lasci poi abbandonate al solo criterio del tutore le più gravi, le straordinarie, quelle da cui si può forse astenersi con vantaggio dell'amministrato? Ma, si obbietta, la legge ha chiamato il consiglio a stabilire la spesa annua ordinaria, che all'incirca sarà anno per anno costantemente la stessa; non ha parlato di spese straordinarie, di cui si presenti il bisogno per grosse riparazioni od altro; spese che sarebbe impossibile prevedere e fissarne l'ammontare in principio della tutela; il tutore farà queste spese man mano che divengano necessarie, nè alcuna legge lo obbliga a farle regolare dal consiglio di famiglia. E si può aggiungere ancora: la facoltà del tutore di far queste spese non potrà intaccare la sostanza capitale dell'amministrato, perchè se per provvedere ad esse occorrerà riscuotere ed impiegarvi capitali del minore, alienar beni, prendere danaro a mutuo, o fare altro degli atti previsti nell'art. 296 del cod. civ., diverrà necessario riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Senonchè tutto ciò non vale a risolvere la questione

nel senso che si vorrebbe. Certamente il tutore, agendo da solo, senz'autorizzazione del consiglio di famiglia, non arriverà ad intaccare la sostanza capitale dell'amministrato, ma diminuirà, forse esaurirà quegli avanzi sulle rendite, che, secondo le norme stabilite dal consiglio al cominciare della tutela, avrebbero dovuto verificarsi, e dei quali il consiglio stesso avrà determinato il tempo e il modo d'un impiego fruttuoso. Per derogare così alle deliberazioni prese a norma di legge dal consiglio, e convertire gli avanzi delle rendite in altro uso, che può essere meno vantaggioso, e forse anche non utile affatto, non potrebbe avere potere sufficiente il tutore. Vi era forse bisogno che la legge dichiarasse espressamente essere necessaria una nuova deliberazione del consiglio di famiglia, per liberare il tutore dall'obbligo ch'esso gli aveva legittimamente imposto di fare quel determinato impiego degli avanzi sulle rendite, e per autorizzarlo a convertirli invece in quelle spese di riparazioni o ricostruzioni, delle quali può essere disputabile la utilità?

In questo argomento delle spese di amministrazione si sono presentate a risolvere altre due questioni. La prima è, se il consiglio di famiglia possa determinare l'annuo ammontare di quelle, non semplicemente come limite massimo alle facoltà del tutore, salvo il dover questo render conto degli sborsi effettivamente fatti, profittando l'amministrato degli avanzi che siano ottenuti; ma come somma fissa, a rischio e vantaggio del tutore, il quale perciò, come non possa reclamare il di più che avesse effettivamente speso, ancorchè per inevitabile necessità, così lucri per sè quanto abbia potuto sulla prefissa somma risparmiare. È una questione codesta, che somiglia a quella proposta e risolta nel numero precedente intorno alle spese personali pel minore. Somigliante però la dicemmo, non identica, parendoci di scorgere una differenza sostanziale in ciò, che quanto alle spese di amministrazione del patrimonio non si verificherebbe il motivo, notato riguardo alle spese

personali pel minore, di lasciare a lui il vantaggio di poter essere mantenuto, educato e istruito presso il tutore, quando ciò convenga meglio, fissando a favore di quest'ultimo un assegno annuo, che valga a risarcirlo completamente delle spese effettive che avrà a sostenere; ma lo scopo si ridurrebbe a questo solo: di procurare al minore il benefizio eventuale di rimborsare per l'amministrazione patrimoniale una somma minore di quella che il tutore avesse dovuto realmente spendere, sottoponendo contemporaneamente il minore stesso, da parte sua, ad una corrispondente eventualità di dover pagare per l'amministrazione più di quanto essa avesse effettivamente costato. Ond'è che nell'accordo, pel quale il consiglio di famiglia desse e il tutore accettasse in accollo, per una somma annua invariabilmente determinata, le spese tutte di amministrazione, troveremmo veramente quel carattere aleatorio, che deve impedire una simile combinazione nei rapporti tra tutore e amministrato (1).

L'altra questione è, se tra le spese di amministrazione patrimoniale il consiglio di famiglia possa comprendere eziandio un onorario in favor del tutore, sia che glielo assegni sotto specie d'indennità od altrimenti. Intorno a che veramente già avemmo in altro luogo occasione di manifestare la nostra opinione negativa (2), che è confortata da gravissime autorità (3). E invero il mandato conferito dalla legge al tutore essendo di natura sua gratuito, la deliberazione colla quale il consiglio di famiglia volesse renderlo anche limitatamente od indirettamente retribuito, riuscirebbe ad un manifesto arbitrio, col quale si verrebbe ad imporre al patrimonio dell'amministrato un obbligo che non gl'incombe, e si derogherebbe ad una legge d'ordine pubblico, ciò che indubbiamente eccede ogni potere del consiglio. Nè gioverebbe dissimulare quest'operato illegit-

(1) V. contro Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 36.
(2) V. sopra, n. 12, pag. 26, 27.
(3) V. Demolombe, t. VII, n. 600; Laurent, t. V, n. 25.

timo sotto il titolo d'indennizzamento per spese di amministrazione, allegando che nessuna legge vieti di concedere al tutore simili indennità. Certo è che la legge, non solo non vieta, ma espressamente ammette in favor del tutore il diritto ad essere completamente rimborsato d'ogni spesa ch'egli abbia dovuto sostenere per l'amministrazione patrimoniale, come per qualunque altra causa relativa al governo della tutela; giacchè nell'ultimo paragrafo dell'art. 305 del codice civile è dichiarato dover entrare nel conto definitivo della tutela, a credito del tutore, *tutte le spese che siano sufficientemente giustificate e riconosciute utili al minore*. Ciò però si restringe appunto al rimborso di quanto sia stato realmente speso dal tutore, affinchè l'adempimento di questo pubblico e gratuito ufficio non abbia ad arrecargli inoltre una vera e diretta diminuzione di patrimonio; ma non è da estendersi fino ad accordare al tutore sotto forma d'indennità il compenso di un'opera, la quale, quando pure possa avere per conseguenza indiretta qualche danno anche pecuniario, non è altro che un sacrifizio imposto generalmente a tutti, dagli obblighi della sociale convivenza.

Il consiglio di famiglia nel determinare l'annua spesa per l'amministrazione del patrimonio, a norma dell'articolo 291 cod. civ., potrà dunque e dovrà avere in vista il diritto spettante al tutore d'esser tenuto indenne di qualunque spesa che occorra di fare nell'interesse dell'amministrazione tutelare; potrà e dovrà regolare in coerenza di ciò l'ammontare della somma annua da stabilirsi in via di presunzione e di approssimazione, tenendo conto di tutte le circostanze speciali, che possano probabilmente obbligare il tutore a sostenere determinate spese, anche di viaggio od altro; potrà usare in ciò, a suo prudente criterio, quella larghezza che convenga acciocchè nè il tutore sia esposto a detrimento nel proprio patrimonio, nè l'amministrazione del tutelato abbia a soffrire per difetto di mezzi onde provvedere a quanto sia indispensabile. Ma

dopo tutto questo, e fissato così dalla deliberazione del consiglio il limite massimo delle spese, che il tutore è autorizzato a fare annualmente per l'amministrazione, rimarrà sempre al tutore stesso l'obbligo di render conto di quelle che abbia effettivamente sostenute; nè avrà egli diritto a darsi credito fuorchè delle spese che siano sufficientemente giustificate, e riconosciute necessarie, od utili almeno, al minore; nè il consiglio avrebbe facoltà di dare in accollo, per la somma annua da esso determinata, le spese tutte di amministrazione al tutore, nè di assegnargli una somma qualunque per onorario, sebbene sotto specie e qualificazione d'indennità.

202. Fra le spese di amministrazione, intorno alle quali il consiglio di famiglia è chiamato a deliberare secondo l'art. 291 cod. civ., ve ne può essere una, il cui oggetto speciale è determinato nel successivo art. 295 colla seguente disposizione:

“ Il consiglio di famiglia, se circostanze particolari lo
“ richiedano, può autorizzare il tutore a farsi coadiuvare
“ nell'amministrazione, sotto la sua responsabilità, da una
“ o più persone stipendiate „.

È facile scorgere come una tale spesa possa talvolta essere veramente necessaria, non solo a sollievo del tutore, ma eziandio nell'interesse medesimo dell'amministrato; qualora la moltiplicità o la situazione dei beni componenti il patrimonio di quest'ultimo, o l'esservi compresi stabilimenti agricoli, industriali o commerciali, per la cui condotta il tutore potrebbe anche mancare delle cognizioni tecniche e della pratica indispensabili, od altre circostanze dipendenti dalle particolarità dei casi, rendano impossibile al tutore di attendere a tutto con quella operosità ed efficacia che si richiedono per una buona amministrazione. Nè è men chiaro, d'altra parte, che la legge, nella quale erasi reputato prudente di vincolare il tutore anche in ordine alle spese ordinarie dell'amministrazione, facendogliene

fissare il limite massimo da una deliberazione del consiglio di famiglia, non poteva poi lasciare al tutore stesso la libertà di sottoporre il patrimonio soggetto a tutela a questa spesa eccezionale di stipendi da corrispondersi a persone che coadiuvassero lui nell'amministrazione, senzachè intervenisse il consiglio di famiglia a riconoscere il bisogno di questo dispendio, e ad autorizzare quindi il tutore a sostenerlo e portarlo a carico del minore nei conti della tutela.

Nonostante questo punto di contatto tra le due disposizioni degli articoti 291 e 295, sarebbe per altro erroneo il considerare quest'ultima così strettamente dipendente dalla prima, che solo in principio della tutela, allorchè, giusta l'art. 291, il consiglio di famiglia stabilisce per tutta la durata di essa l'ammontare annuo della spesa di amministrazione patrimoniale, potesse il consiglio medesimo concedere contemporaneamente al tutore l'autorizzazione a valersi di coadiutori stipendiati. Ciò sarebbe in opposizione alla generalità del testo, che ammette potersi dare una tale autorizzazione *allorchè circostanze particolari lo richiedano*, senza distinguere se essa sia domandata in principio o durante il corso della tutela; e sarebbe non meno contrario a ragione, potendo i motivi di una simile concessione tanto esistere fin dal giorno in cui cominciò l'esercizio della tutela, quanto essere sopraggiunti dopo un tempo più o meno lungo. Oltre di che a questa interpretazione del nostro art. 295 conforta pure il confronto colla disposizione corrispondente del codice Francese. Il quale, dopo avere stabilito nell'art. 454, come nel nostro 291, che in principio della tutela il consiglio di famiglia dovesse determinare in modo approssimativo l'annua spesa per l'amministrazione del patrimonio del minore, proseguiva dichiarando nel secondo paragrafo di quell'articolo che *il medesimo atto* dovesse specificare se il tutore fosse autorizzato a farsi coadiuvare nella sua agenzia da uno o più amministratori particolari stipendiati; mentre il codice Italiano attribuisce una simile facoltà al consiglio di famiglia in una

disposizione affatto separata, nè accenna punto che quella deliberazione debba esser presa in principio della tutela e nel medesimo atto di cui parla l'art. 291.

Quello però che la relazione fra le indicate due disposizioni rende chiaro in modo da non poterne dubitare, si è che l'autorizzazione del consiglio di famiglia non è richiesta per altro che per abilitare il tutore a porre a carico del minore gli stipendi da assegnarsi alle persone che egli chiamerà in proprio aiuto nell'amministrazione, e giustificare con ciò la spesa relativa, per farla ammettere nel conto definitivo della tutela, a norma del disposto nell'articolo 305, paragrafo ultimo. Il quale concetto è confermato d'altronde dalle stesse espressioni dell'art. 295, non essendovi parlato di coadiutori stipendiati, che il consiglio di famiglia, a richiesta del tutore, possa destinargli, ma semplicemente di *autorizzazione che può essere data al tutore per abilitarlo a farsi coadiuvare nell'amministrazione da una o più persone stipendiate*; e tanto più dal riflesso, che avendo la legge aggravato il tutore della responsabilità per ogni operato dei suoi coadiutori, era indispensabile che ne lasciasse a lui stesso libera la scelta, mentre sarebbe troppo evidentemente ingiusto ch'egli dovesse rispondere del fatto di persone la cui cooperazione gli venisse imposta.

Perciò non reputeremmo da adottarsi quanto fu insegnato, che al tutore spetti soltanto di *proporre degli ausiliari da essere approvati dal consiglio di famiglia;* e tanto meno che il consiglio stesso, in virtù dei poteri generali che la legge gli ha attribuiti, possa *mettere al fianco del tutore certi coadiutori o coagenti, da lui non chiesti, i quali abbiano una responsabilità loro particolare, che non sia quella del tutore* (1). Tutto ciò, a veder nostro, è fuori dal testo e dallo spirito della legge positiva. La questione intorno alla quale, secondo l'art. 295, il consiglio di famiglia può essere chiamato dal tutore a pronunciarsi, è unicamente

(1) Borsari, *Comm.*, art. 295, vol. I. § 617, pag. 982, 983.

di spesa. Autorizzata che sia questa, il tutore, che rimane responsabile verso il minore dell'operato dei proprii coadiutori, come se fosse fatto suo proprio, ha diritto a sceglierli liberamente, e poscia a revocarli e sostituirne altri, senza bisogno di riportarne approvazione alcuna. Quanto ai poteri che competono al consiglio di famiglia sull'esercizio della tutela e alle *cautele speciali* ch'esso può stabilire nell'interesse del minore, la legge ha determinato quali siano quei poteri, quali gli oggetti di quelle cautele speciali. Le disposizioni date in proposito dal legislatore sono limitative di quella pienezza di facoltà, che fu attribuita generalmente al tutore nell'amministrazione dei beni del minorenne; nè possono quindi interpretarsi ed applicarsi estensivamente (1). Ora, in nessun luogo del codice troviamo riconosciuta pel consiglio di famiglia la esorbitante facoltà di imporre al tutore la cooperazione d'altre persone nell'amministrare. Esorbitante ci parrebbe una tale facoltà, perchè darebbe luogo a creare ad arbitrio del consiglio di famiglia, al disopra della protutela ordinaria, che il legislatore con savio consiglio volle espressamente tener lontana da qualunque ingerenza attiva nell'amministrazione a fronte del tutore (2), un'altra specie di protutela, di cui quella ingerenza sarebbe anzi ufficio speciale ed espresso; e perchè, se spetta al consiglio di famiglia di rimuovere il tutore, che sia notoriamente incapace, o sia provato infedele, o si renda colpevole di abusi, se gli spetta facoltà di dispensare dall'ufficio il tutore che consenta a rassegnarlo, non gli può però esser lecito, lasciando il tutore nell'esercizio di sue funzioni, di scemarne l'autorità assoggettandolo forzatamente alla cooperazione altrui, ponendo quasi lui stesso sotto tutela, e introducendo nell'amministrazione tutelare quei conflitti e quella confusione, che il legislatore intese ad evitare collo stabilire che il tutore debba

(1) V. sopra, n. 17, pag. 52, 53.
(2) V. sopra, n. 112, pag. 481 e segg.

essere uno solo (1), e col limitare le attribuzioni del protutore.

Un'altra conseguenza devesi dedurre dal principio che la deliberazione, a cui è chiamato il consiglio di famiglia secondo l'art. 295 cod. civ., non concerne altro fuorchè la spesa per gli stipendi dei coadiutori che il tutore chieda di potere assumere: e questa conseguenza è che, qualora nessuna spesa debba per tale oggetto cadere a carico del minore, o perchè le persone da cui il tutore si faccia assistere si prestino gratuitamente, o perchè egli le retribuisca del proprio, non abbisogni di alcuna autorizzazione il tutore stesso per potersi valere dell'opera di questi coadiutori. La quale ultima proposizione non può incontrare difficoltà, e forse neppure avrebbe bisogno di dimostrazione, finchè si tratti di semplici incarichi particolari che il tutore dia ad altri, per essere sussidiato nell'adempimento delle incombenze che gli sono imposte dall'ufficio suo, e per potervi soddisfare meglio. È troppo chiaro che se il tutore, mancandogli il tempo o le cognizioni speciali occorrenti per provvedere a tutti gli affari della tutela, affidi la trattazione di alcuni di essi ad altre persone, ad esempio, per dirigere la coltivazione di determinati fondi, per invigilare e curare l'eseguimento delle riparazioni di cui abbisognino gli stabili, per tenere in regola la contabilità, e simili, senza però trasfondere in questi estranei la rappresentanza del tutelato neppure per questi particolari affari, ma riserbandola sempre a sè solo, come unicamente a lui incomberà pur sempre la responsabilità pel modo in cui egli abbia trattati col mezzo d'altri e condotti a termine cotesti interessi; è troppo chiaro, diciamo, che in tutto ciò il consiglio di famiglia non può aver nulla a vedere. Finchè il tutore compie l'ufficio suo, provvedendo da diligente e savio amministratore a tutto quanto è necessario pel buon governo del patrimonio della tutela, niuno può aver ragione

(1) V. sopra, n. 15, pag. 42.

di redarguirlo, perchè invece d'impiegarvi direttamente ed esclusivamente l'opera propria, si giovi per date cose particolari anche del sussidio della mente o del braccio altrui; niuno può avere facoltà d'impedirgli che adempia le proprie funzioni con quest'ultimo mezzo piuttostochè col primo. Ben è vero che è carattere dell'ufficio tutelare la stretta personalità di esso; ma non vi si oppone l'operato del tutore, il quale non cessa d'essere il vero amministratore delle sostanze del tutelato anche in ciò che fa mediante l'opera o l'aiuto d'altri, come appunto ogni buon padre di famiglia nell'amministrazione propria supplisce col sussidio altrui a ciò che non possa fare egli stesso. Solo le conseguenze dannose all'amministrato, che potessero essere derivate da questo modo di agire del tutore, oltre ad impegnar sempre la responsabilità personale di lui pei congrui risarcimenti, potrebbero eziandio far luogo a deliberazioni del consiglio, per dare provvedimenti atti a porre termine ai disordini, che si fossero manifestati nell'amministrazione, ed anche per rimuovere, se ne fosse il caso, il tutore.

Fin qui, dunque, tutto è facile e piano. Ma le difficoltà incominciano allorchè il tutore non siasi limitato a simili incarichi particolari per fare operazioni relative all'amministrazione tutelare, la quale però egli abbia conservato intieramente a sè; ma dando mandato ad un terzo per fare uno o più atti relativi alla tutela, ad esempio, per conchiudere contratti di affitto, esigere pagamenti, stabilire appalti per opere di riparazione d'immobili, ecc., od anche dando ad un terzo mandato generale per amministrare la tutela stessa, abbia voluto così sostituire a sè medesimo il procuratore da lui nominato nella rappresentanza del minore e nell'amministrazione dei beni per quei determinati atti, o per tutti in generale gli affari della tutela. Potranno reputarsi validi tali mandati? o, se debbono ritenersi nulli, quali ne saranno le conseguenze nei rapporti del tutore, del procuratore da lui sostituito, dei terzi contraenti? È una questione che fu già discussa sotto il codice Francese;

e vi fu risposto distinguendo tra il mandato speciale e il generale, ritenendo valido il primo, nullo il secondo; la quale nullità avesse poi a produrre effetti a carico del tutore, esponendolo alla remozione, oltre alla responsabilità per gli atti del mandatario; a carico di quest'ultimo, assoggettando lui pure verso il minore alla responsabilità pel risarcimento dei danni derivati dagli atti proprii; a carico dei terzi contraenti, per l'annullabilità appunto dei contratti da essi formati (1). Questa dottrina, accolta da qualcuno degli scrittori nostri (2), ha però incontrato opposizioni presso altri: essendovi stato chi negò al tutore la facoltà di sostituire altri a sè stesso anche per affari speciali dell'amministrazione tutelare (3), e chi, al contrario, gli darebbe la facoltà di nominare anche un procuratore generale, che si sostituisse a lui nell'amministrazione per tutti gli affari della tutela (4).

Quanto al mandato speciale per determinati affari o atti particolari relativi alla tutela, non vediamo ostacoli legali che si oppongano veramente alla sua validità. Non vi è disposizione di legge, che espressamente vieti al tutore di potersi sostituire altri nell'adempimento di speciali sue incombenze, e sebbene neppur ve ne sia alcuna che esplicitamente gli conceda una simile facoltà, ricorrendo, in mancanza di tutto ciò, ai principii generali, troviamo che ogni mandatario può sempre, eccetto il caso d'una proibizione espressa, sostituire un altro a sè stesso nell'incarico avuto; salvo che, se tale facoltà non gli sia stata concessa nel mandato, rimane responsabile anche per colui che abbia sostituito (art. 1748 cod. civ.). Non può esser dubbia una tale responsabilità anche pel tutore, rispetto al quale essa verrebbe confermata pure da un argomento di analogia deducibile dall'articolo 295. Ma appunto perchè egli

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 608, 609; Laurent, t. V, n. 27, pag. 32, 33.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 614, 3°.
(3) Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 266.
(4) Borsari, *Comm.*, art. 295, vol. I, § 617, pag. 983.

rimane personalmente tenuto verso il minore a rispondere degli atti compiuti dal suo sostituito, come se fossero stati fatti direttamente da lui stesso, è maggiormente giustificato che gli sia lecito di fare quella sostituzione, che non sarà per arrecare alcun mutamento nei rapporti tra lui e l'amministrato, e lungi dal diminuire le garanzie, che spetterebbero al minore se l'atto fosse stato compiuto personalmente dal tutore stesso, le accrescerà anzi coll'aggiungervi l'azione che a profitto del minore sarà esercibile direttamente anche contro la persona sostituitasi dal tutore (d.° art. 1748, § u.°, cod. civ.). Nè in questo caso potrebbe ostare neppure la stretta personalità, che è caratteristica del mandato conferito dalla legge al tutore; poichè questi non contravviene ad essa, non si esime dall'ufficio, che la legge per considerazioni principalmente personali gli ha affidato, rivestendone altri in luogo proprio, allorchè conserva per sè l'amministrazione generale della tutela, e solo per determinati affari od atti particolari, dei quali non potrebbe occuparsi personalmente, o nei quali l'opera sua sarebbe forse meno utile, provvede col delegarvi un procuratore che lo sostituisca e lo rappresenti nella trattazione di quegli affari, nel compimento di quegli atti, come se li facesse egli stesso, che ne assume tutta la responsabilità.

Venendo all'altro caso di un mandato generale, stimiamo opportuno di avvertire, innanzi tutto, come ci sembri doversi intendere questa generalità, non nel solo senso che il mandato riguardi a tutti indistintamente gli uffici della tutela, ma che abbracci eziandio tutto il tempo pel quale questa avrà a durare. Se supponiamo che il tutore abbia costituito un procuratore per esercitare in vece sua la intiera amministrazione della tutela, ma solo per un determinato tempo, al fine, per esempio, di supplire alla mancanza del mandante finchè duri un'assenza a cui è costretto dai proprii negozi, o finchè non abbia esaurita la trattazione di affari pubblici dei quali debba per alcun tempo esclusivamente occuparsi, in questi e simili casi avremo

una procura, generale bensì quanto alla materia che ne forma oggetto, ma limitata quanto alla durata. In tali casi pertanto potremo ripetere quanto poco fa si diceva rispetto al mandato speciale anche per l'oggetto; che, cioè, con quella procura il tutore non abdica al proprio ufficio personale rimettendolo in mano altrui, ma, conservandolo a sè nella sua interezza, provvede anzi ad esercitarlo nel miglior modo possibile, per l'interesse non tanto proprio quanto dell'amministrato, facendone disimpegnare le incombenze, per quella parte in cui sarebbe impossibile al tutore stesso l'adempierle personalmente nel modo che conviene, col mezzo di un altro che lo sostituisca e rappresenti, ed agisca in nome di lui e sotto la sua responsabilità. Conseguentemente si riprodurranno anche tutti i motivi superiormente addotti per giustificare la validità di tale mandato: che non vi è disposizione la quale lo vieti; che i principii generali confortano anzi ad ammetterlo; che la personalità dell'ufficio di tutela non gli oppone alcun ostacolo; che non ne sorgono variazioni di sorta alcuna nei rapporti tra il tutore e l'amministrato; che anzi, mentre il tutore con questo mezzo provvede a sè stesso ed alla responsabilità che gli incombe, coll'assicurare il pieno adempimento degli obblighi della tutela per quella parte in cui egli non potrebbe soddisfarvi personalmente, procaccia eziandio l'interesse del tutelato, sia facendo che nessuno degli affari di lui rimanga in sofferenza, sia aumentandone, anzichè diminuirle, le garanzie, coll'aggiungere alla responsabilità propria del tutore, che rimane intiera, l'azione diretta che il tutelato potrà esercitare anche contro il mandatario del tutore medesimo.

È appunto intorno a questa distinzione, che ora abbiamo accennato, tra il mandato generale assolutamente, conferito dal tutore ad un estraneo *per amministrare tutti gli affari della tutela e perfino a che questa duri*, e il mandato generale quanto all'oggetto dell'amministrazione, ma limitato quanto al tempo, che ci sembra esser caduto in equivoco

quello tra gli scrittori nostri che abbiamo sopra citato da ultimo. Volendo egli confutare la teoria professata dal Demolombe, ha supposto che questo autore insegnasse esser nullo il mandato conferito dal tutore ad un estraneo *per amministrare tutti gli affari della tutela*, solo però durante *un certo tempo*, pel quale il tutore avesse ad allontanarsi per ragione di affari, con animo di ritorno. Ma che sia tutt'altro il pensiero del citato autore, appare chiarissimo dalle seguenti parole, con cui formula il caso nel quale reputa nulla la procura fatta dal tutore:

" Se accadesse, egli dice, come noi ne abbiamo veduto " l'esempio, che la procura fosse tale, così assoluta, *così* " *illimitata per la sua durata*, da risolversi realmente nella " sostituzione d'un tutore ad un altro, nell'abdicazione da " parte del tutore del proprio mandato personale, noi cre- " diamo che quella procura non sarebbe giuridicamente " valida „ (1).

Ora in questa ipotesi d'una generalità assoluta e sotto ogni aspetto illimitata della procura ad amministrare, data dal tutore ad un estraneo, pare anche a noi perfettamente giustificata l'opinione che quella procura sia nulla. Il ricco e indolente signore, che volendo sottrarsi alle noie d'una tutela, delega tutti i suoi poteri ad un mandatario generale, non tanto provvede agl'intereressi del tutelato, quanto esonera sè stesso da un ufficio pubblico e obbligatorio, che la legge affidava alle cure personali di lui. Basta forse, pei fini di questa legge d'ordine pubblico, la responsabilità pecuniaria, che nondimeno rimane a carico del tutore delegante per ogni operato del proprio mandatario? Sarà guarentito a favore del tutelato il risarcimento d'ogni danno, che egli riesca a provare essergli derivato dalla gestione tutoria. Ma lo scopo della legge non era solo di preservare da detrimenti il patrimonio del minore, bensì eziandio di promuoverne i vantaggi e l'incremento; e pel consegui-

(1) Demolombe, t. VII, n. 609.

mento di ciò si affidava sulle cure personali, sull'interessamento, sull'operosità, sull'abilità d'un tutore legato al minorenne dai vincoli del sangue, o eletto dal genitore o dal consiglio di famiglia. Può sperarsi altrettanto da un estraneo, a cui il tutore deleghi tutti i poteri suoi? Danni forse non si verificheranno, o verificandosi saranno completamente risarciti; ma fors'anche sarebbe stata risparmiata al tutelato la necessità di ricorrere ad un'azione giudiziale d'incerta riuscita, se la tutela fosse stata esercitata da chi ne aveva obbligo personale. I vantaggi potranno forse essi pure esser promossi ugualmente, o, meglio che dal tutore stesso, dal procuratore di lui; ma non se ne ha più quella guarentigia morale, che deriva dalla qualità personale del tutore legittimo, o dalla scelta, che fa il genitore o il consiglio di famiglia, del tutore testamentario o dativo. E ad ogni modo il tutore, col delegare così ad altri, illimitatamente anche quanto al tempo, tutti i poteri suoi, viene a trasferire nel procuratore le cure personali, che la legge imponeva a lui, per l'esercizio della tutela, riserbando a sè la sola responsabilità pecuniaria; si sottrae con ciò in parte, ma arbitrariamente, agli oneri derivanti da un pubblico ufficio obbligatorio, dal quale può farsi dispensare legittimamente per deliberazione del consiglio di famiglia, se abbia da addurre cause giustificanti la impossibilità o la grave difficoltà di sottostarvi, e l'interesse del minore stesso alla nomina d'altro tutore; deroga, in fine, ad una legge d'ordine pubblico. Tutto ciò non può essere ammissibile.

Ritenuta pertanto, per le suddette ragioni, la nullità del mandato generale di cui parlammo, pensiamo poi non potersene contestare le conseguenze giuridiche, già sopra riferite, relativamente al tutore delegante, al procuratore di lui, ed ai terzi contraenti.

Il tutore, che ha fatta una procura nulla, non può certamente esimersi perciò da quella *responsabilità per colui che ha sostituito*, la quale gli incomberebbe, a norma del-

l'art. 1748, quand'anche il mandato fosse stato valido. La procura fu data ed esercitata di fatto; ne sono derivati, lo supponiamo, danni di cui viene chiesto il risarcimento; di questo è passibile il tutore, dal cui fatto proviene primitivamente il danno medesimo. Oltre a ciò il tutore può pure andar soggetto a rimozione per provata trascuratezza nell'esercizio della tutela, a cui avrebbe dovuto attendere personalmente.

Il procuratore, a sua volta, che ha accettato ed esercitato un mandato illegale e nullo, e nell'eseguirlo ha cagionato danni al minore, deve altrettanto indubbiamente rispondere di questi danni derivati dal fatto proprio. Un egregio scrittore nostro ha trattata la questione: se l'azione diretta, che il tutelato eserciti contro il procuratore del tutore, sia l'azione utile di mandato, a norma dell'art. 1748, paragrafo ultimo del codice civile, o sia l'azione di tutela. E confutando l'opinione d'un illustre giureconsulto francese, che accennava come la responsabilità diretta e personale del procuratore del tutore verso il tutelato, gli sembrasse giustificata dall'avere quel procuratore " esercitata " egli stesso la tutela, in qualità di tutore di fatto, *pro* " *tutore*, sotto il nome prestato dal tutore di diritto „ piuttostochè dalla qualità di mandatario (1), l'autore nostro esclude l'azione di tutela, ritenendo invece che si tratti di vera e propria azione di mandato, secondo l'articolo 1748, paragrafo ultimo (2).

Veramente non ci parrebbe esatto nè l'uno nè l'altro di questi concetti. Non può trattarsi d'una tutela di fatto, nel senso che abbiamo altra volta spiegato (3), perchè qui vi è il vero tutore legalmente investito del suo ufficio, ed è per adempiere l'incarico avuto da lui, non per agire in qualità di tutore, che il procuratore amministra i beni del minorenne. Non può essere quindi l'*azione di tutela* quella

(1) V. Demolombe, l. c.
(2) V. Borsari, l. c., pag. 984.
(3) V. sopra, n. 20, pag. 59 e segg.

colla quale si faccia luogo in favore del tutelato a procedere direttamente contro il procuratore. Ma neppur può trattarsi di un'*azione di mandato;* poichè se la procura è infetta d'una nullità d'ordine pubblico, come devesi ritenere, non può certo dar fondamento ad azione alcuna, ed è quindi fuor di proposito l'invocare la disposizione dell'art. 1748, che suppone una sostituzione validamente fattasi dal mandatario primitivo, perchè la facoltà di sostituire gli fosse concessa, con o senza indicazione di persona, o non gli fosse stata espressamente data, ma neppur gli fosse proibita. Unica base dell'azione diretta esercibile nell'interesse del tutelato contro il procuratore del tutore, sarebbe dunque in questo caso, se non erriamo, il principio generale sancito dall'articolo 1151 codice civile, cioè il quasi-delitto.

Da ultimo, per quanto concerne i terzi, i quali abbiano contrattato col mandatario munito dal tutore d'una procura, che devesi ritener nulla, il nostro Borsari censura ancora l'opinione del Demolombe; il quale accenna ricadere su quei terzi contraenti le conseguenze della nullità del mandato predetto, qualora il contratto stabilito con loro sia pregiudizievole al minore. Osserva quegli in contrario, che " le convenzioni dei terzi sono nulle, se contratte " con tutt'altra persona che col tutore; ma contrae col tu- " tore chi conviene col suo mandatario, finchè il mandato " non sia stato annullato, e il tutore non sia rimosso ". Il quale ragionamento potrebbe stare in parte, ed avrebbe in questa una concludenza decisiva, qualora fosse da ammettersi la massima insegnata dal Borsari, che anche la procura generale fatta dal tutore per tutti gli affari e per tutta la durata della tutela potesse essere considerata come valida. Allora sarebbe giusto il dire, che *contrae col tutore chi conviene col suo mandatario*, e il sostenere che per aver contrattato con quest'ultimo non possano i terzi incorrere in veruna conseguenza ad essi dannosa. Ma poichè, all'opposto, è forza ritenere quel mandato generale siccome nullo,

perchè contrario ad una legge d'ordine pubblico, è anche inevitabile dedurne, che le conseguenze di una tale nullità, relativamente alle convenzioni stipulate dalla persona alla quale questo mandato assolutamente nullo era conferito, debbano esser subìte anche dai terzi, devenuti a quelle convenzioni; non potendo essi neppure allegare di avere ignorato la mancanza di qualità nella persona con cui trattavano, per agire in rappresentanza del minore. Il dire poi, come fa il Borsari, che, non ostante la nullità della procura data dal tutore, *finchè il mandato non sia stato annullato, i terzi contrattino validamente col procuratore, come* avrebbero potuto fare collo stesso tutore delegante, ci sembra un errore manifestissimo; a fronte del principio elementare, secondo cui l'effetto della dichiarazione di nullità di un atto è naturalmente retroattivo, nel senso che l'atto dichiarato nullo non può più riguardarsi, per sè e nel carattere sotto il cui rapporto venne annullato, come produttivo di alcun effetto giuridico neppure pel passato. Ond'è che pronunciata la nullità del mandato generale conferito dal tutore ad un estraneo per l'amministrazione della tutela, tutti gli atti e le convenzioni fatti nel frattempo da questo mandatario debbono riguardarsi del pari come nulli per mancanza di qualità, nella persona dalla quale emanavano, a rappresentare il minore nel cui nome ed interesse erano stabiliti; e i terzi contraenti non possono esimersi dalle conseguenze di tale nullità, che venga invocata nell'interesse del minore pregiudicato dai predetti contratti.

203. La legge, che ha posto tra le attribuzioni del consiglio di famiglia di stabilire l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio, non ha però dichiarato quali debbano essere gli effetti di tale determinazione. Nè ve n'era bisogno, essendo troppo chiaro da sè, come al surricordato potere del consiglio di famiglia dovesse

necessariamente corrispondere l'obbligazione del tutore di obbedire alla deliberazione del consiglio, contenendo le spese entro i limiti da esso prefissi. È altrettanto evidente però non doversi ciò intendere in un senso assolutamente rigoroso, che non sarebbe ragionevole, stante la impossibilità che il consiglio preveda al cominciare della tutela e per tutta la durata di essa la somma precisa che sarà necessario di spendere anno per anno, nè sarebbe conforme alla lettera stessa della legge, la quale appunto per l'accennato riflesso ha detto che la determinazione, da farsi dal consiglio, della spesa annua per la persona del minore e per l'amministrazione del patrimonio di lui, debba essere *approssimativa*. Così quelle differenze non gravi, giustificate dalle circostanze, e che in qualunque bilancio di previsione fatto da diligente amministratore potrebbero verificarsi, non darebbero luogo ad alcuna responsabilità a carico del tutore; e starebbe nei poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere le contestazioni che a tale proposito insorgessero, il riconoscere se i limiti di quell'approssimativa determinazione delle spese che il consiglio di famiglia aveva fatta dovessero ritenersi sorpassati. Non meno manifesto si è non potersi reputar dispensato il tutore dal rendere il conto della spesa sostenuta, giustificandola, perciò solo che non chiegga rimborso d'una somma maggiore di quella che il consiglio aveva prefisso. Ciò si convertirebbe in sostanza in un accollo delle spese personali e d'amministrazione del minore, in forza di cui il tutore potrebbe approfittare dei risparmi che su quelle spese fosse riuscito a fare; e già abbiamo notata la inammissibilità di tale concetto (1). Tutto ciò che dalla deliberazione del consiglio può derivare di profittevole pel tutore, consiste nel non essere esso tenuto a dimostrare la necessità o la utilità delle spese che sia stato specialmente autorizzato a sostenere, poichè questa stessa autorizzazione sarebbe, rispetto

(1) V. sopra, n. 200, pag. 896 e segg.; n. 201, pag. 906.

a lui, documento legale di prova di quella necessità od utilità. Ma quanto all'obbligo di rendere il conto, e di giustificare in esso le spese effettivamente commesse, debbono essere applicate le regole ordinarie.

Se il tutore abbia fatte spese eccedenti notabilmente il limite fissato per approssimazione dal consiglio di famiglia, nessuno però ammette in modo assoluto la conseguenza rigorosa, che a primo aspetto ne apparirebbe derivabile, che, cioè, codesto eccesso non potesse in verun caso essere portato nel rendiconto tutelare a credito del tutore, e dovesse così rimaner sempre a di lui carico. E veramente sarebbe questa una esorbitanza di rigore, potendo essersi verificate circostanze le quali abbiano imposto come una indeclinabile necessità di sostenere spese impreviste, e forse imprevedibili al principio della tutela, allorchè il consiglio di famiglia stabiliva il bilancio normale dell'amministrazione; circostanze d'altronde di tale urgenza, da non permettere di differire i provvedimenti per attenderne l'approvazione del consiglio di famiglia. Nei quali casi sarebbe di certo impossibile trovare nell'operato del tutore, che avesse senz'altro fatte tali spese, qualche colpa a lui imputabile, che giustificasse il lasciarle a suo carico senza diritto a rimborso.

Ma nel determinare a quali condizioni precisamente possa il tutore avere il diritto di reclamare nel rendiconto della tutela il rimborso di spese eccedenti la somma annua stabilita dal consiglio di famiglia, le opinioni degli autori sono tutt'altro che concordi.

Vi è chi professa nettamente la massima che " il tutore " sia autorizzato a comprendere nel suo conto le somme " che abbia spese oltre alla cifra determinata dal consiglio " di famiglia, *salvo l'apprezzamento, da farsi dai tribunali,* " *della necessità od utilità* di questo eccesso di spese „ (1). Altri, ritenendo pure che tale eccedenza debba essere am-

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 35.

messa nel conto, *purchè sia stata saggiamente ed utilmente impiegata*, soggiunge: che neppur vi sarebbe ragione di alcun rimprovero contro il tutore, per non avere consultato il consiglio di famiglia, se ad oltrepassare i limiti da questo fissatigli per le spese, fosse stato indotto da *qualche circostanza urgente e imperiosa*, quale sarebbe, per esempio, una malattia del minore (1); il che dunque supporrebbe sussistere una responsabilità del tutore, nonostante la saggezza ed utilità delle spese eccedenti la somma annua prefissa dal consiglio, qualora le avesse fatte senza chiedergliene apposita autorizzazione.

Vi è chi insegna invece non essere ammissibile nel conto della tutela una spesa eccedente la somma annua prefissa, e non autorizzata preventivamente e specialmente, se non quando quella spesa sia stata *assolutamente necessaria ed urgente*, come quella che fosse derivata da una malattia grave e costosa (2); e chi consiglia come prudente cautela al tutore, quando pure si vegga nella necessità di spendere più di quanto sia stato previsto dal consiglio, di rivolgersi a questo per l'approvazione, ma non dice poi quali possano essere le conseguenze d'avere operato altrimenti (3).

A noi sembra che il codice civile Italiano, in ciò più esatto e completo del Francese, somministri elementi opportuni e sicuri per risolvere in proposito ogni difficoltà.

Prima di tutto reputiamo indubitabile, che qualora una spesa, eccedente i limiti fissati in principio di tutela dal consiglio di famiglia, per quanto utile od anche necessaria, non sia però di tale urgenza da non ammettere quella dilazione che basti per riportarne dal consiglio di famiglia la deliberazione, sia obbligo del tutore di promuovere codesta deliberazione prima di fare quella spesa. È vero che il testo della legge obbliga il tutore a fare stabilire dal consiglio di famiglia in principio di tutela la somma approssimativa

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 602.
(2) V. Duranton, t. III, n. 558.
(3) V. Laurent, t. V, n. 23, pag. 28.

annua delle spese; e non lo dichiara espressamente tenuto a riportare autorizzazione dal consiglio stesso per quelle spese, eccedenti la somma annua prefissa, delle quali si presenti la necessità o la utilità durante il corso della tutela. Ma torna qui applicabile una considerazione, che già avemmo occasione di fare sopra (1). Il limite della spesa annua stabilito dal consiglio di famiglia è obbligatorio pel tutore. Per liberarlo da questa obbligazione, per autorizzarlo a spendere di più, è dunque indispensabile, anche senza che la legge lo dica, una nuova deliberazione del consiglio stesso. D'altronde sarebbe assurdo e contraddittorio che la legge richiedesse la deliberazione del consiglio per le spese minori, ordinarie, inevitabili, e lasciasse poi libero il tutore nell'apprezzare la necessità od utilità delle spese più gravi, impreviste, straordinarie, a cui potesse farsi luogo durante la tutela. In questo concetto abbiamo qui consenziente quel medesimo illustre autore, che sul punto poco sopra ricordato avevamo contrario (2).

Ritenuto adunque l'obbligo del tutore di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia sulle spese non urgenti, che durante la tutela accada di fare in eccedenza della somma annua stabilita in principio dal consiglio stesso, resta a vedere quali debbano essere le conseguenze giuridiche dell'avere il tutore contravvenuto a questa sua obbligazione. E intorno a ciò crediamo di trovar base per una risposta decisiva in quanto è disposto nel secondo paragrafo dell'art. 291 del nostro codice. Esso ci dice che il tutore, il quale abbia ommesso di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia intorno alla somma delle annue spese, diverrà responsabile in proprio *di qualunque somma eccedente quelle strettamente necessarie*. Ora, se dall'obbligo di fare stabilire dal consiglio la somma delle annue spese, deriva per logica necessità l'altro di riportare dal consiglio

(1) V. pag. 923.
(2) V. Laurent, l. c.

stesso l'autorizzazione anche per qualunque spesa, non assolutamente urgente, che ecceda quella somma, la sanzione a carico del tutore deve pure per la stessa necessità logica, più ancora che per analogia, essere identica; consistere cioè nel renderlo responsabile personalmente d'ogni spesa che non sia *strettamente necessaria*. E la legge così interpretata ci sembra perfettamente razionale e rispondente allo scopo suo, alla giusta protezione degl'interessi del minore, al sistema adottato nell'ordinamento della tutela. — Se il tutore, usurpando le funzioni che la legge demandava al consiglio di famiglia, ha voluto farsi lui stesso giudice della necessità od utilità di quelle spese, sulle quali avrebbe dovuto in tempo opportuno interpellare il consiglio e riportarne le deliberazioni; il non ammettergli in conto fuorchè le spese *strettamente necessarie*, non è solo una pena ch'egli ha meritata coll'illegittimo suo operare, ma eziandio una giusta guarentigia per gl'interessi del tutelato, affinchè questi non sia costretto poi a subire contestazioni difficili, dispendiose, d'esito incerto, intorno all'allegata necessità od utilità di quelle spese, delle quali il tutore reclami il rimborso; ed è pure coerente al concetto fondamentale, adottato dalla nostra legislazione, di limitare le attribuzioni del tutore, estendendo quelle del consiglio di famiglia. Circoscritte le spese non autorizzate dal consiglio, delle quali il tutore possa tuttavia reclamare il rimborso, a quelle che siano state di stretta e quindi evidente necessità, le contestazioni in proposito non potranno essere gravi, nè difficili; gli interessi del tutelato saranno assicurati, e se il tutore ne subirà pregiudizio, non avrà che ad accusarne la propria imprudenza, per avere agito fuori dei limiti delle facoltà sue. Forse si obbietterà: che se il tutore riesca a provare, a prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria, che le spese da lui fatte oltre la somma annua fissata dal consiglio, e senza speciale autorizzazione di questo, siano però state necessarie od utili, ancorchè non di una necessità stretta e rigorosa, com'è

previsto nel § 2 dell'art. 291, non dovrebb'essergli negato quel diritto al rimborso, che pure spetterebbe, secondo l'articolo 1144 del codice civile, a chiunque si fosse reso gestore degli affari del minorenne. Ma è ben chiara l'impossibilità di confondere la condizione di un estraneo gestore d'affari, con quella del tutore, al quale incombeva per legge l'obbligazione di obbedire alla deliberazione del consiglio di famiglia, determinante la somma annua delle spese, e di non farne di maggiori, se non quando, potendolo, ne avesse chiesta ed ottenuta nuova e speciale autorizzazione; epperò, s'egli abbia trasgredita tale obbligazione, non è ingiusto che rimanga sottoposto a conseguenze giuridiche, le quali non potrebbero essere applicabili a chiunque altro avesse intrapresa la gestione di quegli affari del minore.

Nei casi pertanto di spese *non urgenti*, che il tutore avesse fatte eccedendo notevolmente i limiti di somma prefissi dal consiglio di famiglia nella deliberazione presa a principio della tutela, reputeremmo inammissibile, secondo la legislazione nostra, l'opinione di quegli autori i quali insegnano essere nondimeno autorizzato il tutore a comprenderle nel proprio rendiconto, salvo l'apprezzamento, da parte dei tribunali, della *necessità od utilità* di tale eccedenza di spese; ma crediamo invece, che a norma del disposto nel secondo paragrafo dell'art. 291, quelle sole fra le dette spese che fossero dimostrate *strettamente necessarie* darebbero luogo a rimborso in favore del tutore.

Qualora si trattasse invece di spese urgenti, tanto da non ammettere quella dilazione, che sarebbe stata necessaria per poter promuovere e riportare in tempo utile le deliberazioni del consiglio di famiglia, ci sembra altrettanto evidente, che non essendo imputabile al tutore veruna colpa per avere agito indipendentemente da autorizzazione del consiglio di famiglia, dovendosi al contrario dargli merito di avere operato come qualunque savio amministratore avrebbe fatto per sè in condizioni

somiglianti, non sarebbe caso di poter disconoscere in lui quei diritti che ad ogni altro amministratore di cose altrui spetterebbero; e basterebbe perciò che fosse dimostrata la necessità, od anche solo l'utilità delle spese da lui sostenute per urgenza, affinchè dovessero essere ammesse nel rendiconto. Epperò per questi casi non sapremmo aderire a quell'altra opinione rigorosa, secondo la quale si richiederebbe il concorso d'ambo le condizioni, di *assoluta necessità*, e di *urgenza* delle spese, delle quali il tutore reclamasse il rimborso.

204. Non è solo un dovere del consiglio di famiglia di stabilire in principio della tutela, tosto che sia compiuto l'inventario, quale debba essere approssimativamente l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio; ma al tutore in particolare incombe per legge l'obbligazione di provocare in proposito la deliberazione del consiglio, e ciò sotto una grave sanzione, consistente nel rimanere il tutore personalmente responsabile d'ogni spesa che ecceda la stretta necessità. Così ci sembra risultare manifestamente dalla disposizione del § 2 dell'art. 291, espresso nei termini seguenti:

“ Il tutore, che avrà ommesso di provocare le delibe-
“ razioni del consiglio di famiglia *su questi oggetti*, diven-
“ terà responsabile, alla scadenza di tre mesi, degl'inte-
“ ressi di qualunque somma *eccedente le spese strettamente*
“ *necessarie* „.

Le prime parole di questa disposizione, imputando ad ommissione del tutore il non aver provocate le deliberazioni del consiglio di famiglia, rendono manifesta la costituzione, a carico del tutore stesso, d'un'obbligazione legale di promuovere quelle deliberazioni.

Ch'esse comprendano anche la determinazione approssimativa dell'annua somma per le spese personali e patrimoniali del minore, è indubitabile a fronte del testo

stesso, che parla di *questi oggetti*, riferendosi al paragrafo precedente, dove appunto è richiesta la deliberazione del consiglio tanto per stabilire la somma annua delle spese, quanto per regolare l'impiego degli avanzi sulle rendite.

Che poi la sanzione di questa obbligazione del tutore consista per legge nel dover esso rispondere in proprio e senza diritto a rimborso di tutte le somme che abbia spese senza una *stretta necessità*, e senza avere preventivamente fatto stabilire dal consiglio la somma còmplessiva annua delle spese, ci sembra non meno incontestabile, dacchè si dichiara responsabile il tutore *degl'interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie;* e il dargli debito degl'interessi, presuppone che le somme capitali spettassero al minore, e dovessero per conto di lui essere impiegate, presuppone quindi che il tutore non avesse diritto a ripetere il rimborso di quelle somme.

Pel resto non abbiam bisogno di ripetere i motivi giustificanti questa sanzione; motivi che già avemmo occasione di accennare nel numero precedente, e consistenti nel preservare gl'interessi del minorenne da ogni arbitrio del tutore, nell'evitare contestazioni che spesso porterebbero discussioni ed esperimenti di prove lunghi, difficili, dispendiosi, e d'esito finale forse non ben sicuro, intorno alla necessità od utilità delle spese, che il tutore avesse fatte senza esservi autorizzato.

Così dunque, il tutore colpevole d'aver intrapresa l'amministrazione senz'aver prima fatto determinare dal consiglio di famiglia la somma che sia autorizzato a spendere annualmente per la persona del minore e pel governo dei beni di lui, rimarrà esposto a dover tenere a proprio carico, senza diritto a rimborso, corrispondendo inoltre a favore del tutelato i relativi interessi, come vedremo nei numeri seguenti, tutte le spese di cui non possa giustificare la *stretta necessità*. La quale appunto perchè, secondo le parole stesse della legge, dev'essere giudicata con rigore, dovrà riuscire evidente, e ciò

rassicurerà pienamente gl'interessi del minore, come la legge volle.

Per altro non oseremmo sostituire all'espressione adoperata nel testo del codice nostro, di *spese strettamente necessarie*, quella che troviamo usata da qualche autore, di *spese assolutamente necessarie;* parendoci chiaro che il concetto dell'assoluto non sia guari accettabile in un giudizio, che di necessità dee farsi comparativamente alle circostanze di ciascun caso particolare. E certamente, se il tutore riesca a dimostrare con evidenza, che senza una determinata spesa da lui sostenuta per conto del patrimonio del minorenne, questo patrimonio avrebbe sofferto un danno di entità notabilmente superiore alla somma sborsata, e che questo danno non poteva essere evitato in altro modo, sarà pure il caso di dire provata la *stretta necessità* richiesta dalla legge. Ond'è che dopo tutto ciò, rimarrà indubbiamente aperto ancora al prudente criterio della autorità giudicante un largo campo di apprezzamento delle circostanze di fatto. Solamente questo campo sarà meno ampio, a benefizio, e guarentia del minorenne. Delle spese, di cui il tutore possa allegare soltanto l'utilità, per miglioramenti e vantaggi che pretenda aver con esse arrecati al patrimonio del minore, rimarrà esclusa perfino la proponibilità. Delle altre, che il tutore affermi essere state necessarie, sarà ammessa la discussione; ma il tutore non potrà esserne accreditato nel conto, se non quando abbia provato con certezza ed evidenza che quelle spese fossero veramente indispensabili per evitare danni maggiori al patrimonio del tutelato. Ogni dubbio che restasse dovrebbesi risolvere contro il tutore.

205. 3). Un altro oggetto delle determinazioni che richiedonsi per legge dal consiglio di famiglia in principio della tutela, tosto che sia compiuto l'inventario, consiste nel “ fissare la somma da cui cominci l'obbligo “ al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite, il modo

“ dell’impiego e il tempo entro il quale debba esser fatto „ (d°. art. 291 cod. civ.).

Disposizione questa pure, che non è del tutto nuova nel codice Italiano, giacchè anche gli articoli 455 del codice Napoleone, 378 codice Due Sicilie, 329 codice Albertino, 230 cod. Austr., 242, § ult., cod. Parm., 275 cod. Est. recavano la massima che il consiglio di famiglia, dov’era stabilito, e dove esso non era, il giudice pupillare avesse a regolare obbligatoriamente pel tutore l’impiego degli avanzi dei redditi; sebbene il codice nostro attuale abbia poi stabilite, come vedremo, importanti innovazioni in confronto del codice Francese e di altri, per l’applicazione concreta della massima stessa.

Senonchè sotto le anteriori legislazioni la regola, che spettasse al consiglio di famiglia di determinare la somma da cui dovesse cominciare pel tutore l’obbligo di impiegare gli avanzi dei redditi netti, solevasi spiegare notando la difficoltà d’impiegare convenientemente tenui somme, che d’anno in anno potessero essere risparmiate sulle rendite del minore, e gl’imbarazzi che proverrebbero all’amministrazione dalla moltiplicità di separati investimenti di piccole somme di danaro; donde l’opportunità di aspettare che fosse accumulata una somma abbastanza considerevole, e la convenienza di affidare al criterio ed alla prudenza del consiglio di famiglia il fissare quella somma, raggiunta la quale soltanto dovesse cominciare pel tutore l’obbligo di farne l’impiego. Or questo motivo ha perduto assai d’importanza, dopo che sorsero nuove istituzioni, destinate appunto a dar modo ai privati di poter conservare, accumulare e render tosto fruttiferi anche i piccoli risparmi. Sicchè non sarebbe forse temeraria l’idea, che avesse potuto essere più opportuno, anche rispetto ai risparmi annuali delle rendite, una disposizione simile a quella che fu data nell’art. 287 pei valori in numerario o in carte al portatore, che si trovassero nel patrimonio del minore al tempo dell’aperta tutela,

ordinando che le somme, ancorchè piccole, risultanti in residuo attivo dagli stati annuali, dovessero essere depositate in una cassa di risparmio, e rimanervi sino a che il consiglio di famiglia non avesse deliberato altrimenti. Comunque sia però, rimane un'altra riflessione a giustificare la surriferita disposizione dell'art. 291; ed è, che nell'amministrazione tutelare, come in qualunque altra bene ordinata, deve pure aversi sempre disponibile in riserva qualche somma per far fronte ai bisogni che possono da un momento all'altro presentarsi; e perciò era conveniente che lo stabilire questa somma, oltre la quale soltanto dovessero i risparmi essere capitalizzati, non si abbandonasse all'arbitrio del tutore, ma si deferisse al giudizio più illuminato e perfettamente disinteressato dell'intiero consiglio di famiglia. Oltre di che, volendo, come volle il nostro legislatore, far dipendere da una deliberazione, presa dal consiglio stesso in principio della tutela, la determinazione del tempo e del modo in cui si avessero ad impiegare gli avanzi delle rendite, diveniva naturalmente parte integrante del sistema il far pure determinare dal consiglio la somma che dovesse essere accumulata per l'impiego, al fine di fissare il punto di decorrenza del termine ad eseguirlo, e giudicare con maggior fondamento intorno al modo più conveniente dell'impiego stesso.

Su questa parte della disposizione contenuta nell'articolo 291, ci accade di dover ripetere una osservazione già fatta intorno all'altra parte che precede, nel numero anteriore; che, cioè, le determinazioni da prendersi intorno all'impiego degli avanzi sulle rendite non costituiscono obbligazione legale dal lato soltanto del consiglio di famiglia, essendo strettamente tenuto per legge il tutore a promuovere dal consiglio stesso tali deliberazioni; tanto che, in mancanza, viene il tutore assoggettato ad una grave responsabilità pecuniaria, com'è disposto nel secondo paragrafo del citato articolo.

Questa obbligazione del tutore e del consiglio deve intendersi in senso così assoluto da non lasciar luogo giammai a veruna eccezione? Nessuno ha potuto affermare un principio così generale; chè nei casi in cui le rendite del minore neppur bastassero, od a stento, pel mantenimento di lui, mancherebbe affatto ogni scopo di una deliberazione intorno all'impiego di supposti avanzi, che non potrebbero verificarsi; e qualora il tutore avesse soddisfatto il dover suo chiedendo al consiglio la determinazione dell'annua spesa, ed a questa fosse inferiore, od appena eguale la somma delle rendite nette, o qualora neppure avesse fatto deliberare la somma annua delle spese, ma a quelle *strettamente necessarie* fossero a mala pena sufficienti i redditi, sarebbe assurdo pretendere che egli avesse dovuto invocare le deliberazioni del consiglio per l'investimento d'immaginari risparmi, nè per non averlo fatto sarebbe possibile che fosse incorso in alcuna sanzione di legge, come gli sarebbe evidentemente inapplicabile quella, che è stabilita dal secondo paragrafo dell'art. 291, la quale consiste appunto nel rendere responsabile il tutore d'ogni *somma che ecceda le spese strettamente necessarie.*

Ma se la somma delle annue spese determinata dal consiglio di famiglia, o, in mancanza di tale deliberazione, che non fosse stata promossa dal tutore, la somma delle spese strettamente necessarie lasciasse un qualche avanzo, per quanto tenue, crediamo che la ommissione di provocare dal consiglio di famiglia le determinazioni relative all'impiego di tali restanze sarebbe imputabile a colpa del tutore, il quale perciò andrebbe soggetto alle sanzioni stabilite dalla legge, e in ispecie a quella accennata nel secondo paragrafo dell'art. 291. Che importa la tenuità della somma che siasi potuto risparmiare annualmente? Spettava ad ogni modo al consiglio di stabilire a qual somma dovessero accumularsi codesti piccoli avanzi annui prima che il tutore fosse tenuto a farne investimento; e il

tutore aveva obbligo di chiedere le deliberazioni del consiglio in proposito, e non avendolo fatto ne è responsabile, ed è incorso nelle sanzioni di legge. Ciò era conforme alla disposizione espressa dell'art. 456 cod. Franc., che rendeva responsabile il tutore, se non avesse fatto determinare dal consiglio la somma da cui dovesse cominciare l'obbligo dell'impiego, degl'interessi di *qualunque somma non impiegata, comunque piccola essa fosse;* e risulta parimente dall'art. 291, § 2, del codice nostro, che parla di *qualunque somma eccedente* le spese strettamente necessarie. In questo senso reputiamo giustamente fondata la censura che un autore francese fece ad una sentenza, colla quale erasi preteso stabilire la massima che “ il tutore non “ avesse a promuovere dal consiglio di famiglia la delibe- “ razione di cui parlava l'art. 456 del codice Napoleone, “ se le rendite d'un minore fossero assai modiche „ (1); e confessiamo di non comprendere come un altro illustre scrittore abbia potuto trovare a ridire su questa critica, facendo però un'ipotesi ben diversa, che, cioè, non vi fossero avanzi, nè grandi nè piccoli, ma invece *le rendite del minore fossero talmente modiche da non bastare al mantenimento di lui* (2).

Secondo la testuale disposizione, che abbiamo sopra riferita, dell'art. 291, tre sono i punti che, relativamente all'impiego degli avanzi sulle rendite del minore, debbono essere regolati dalla deliberazione del consiglio di famiglia: cioè, la somma da cui cominci pel tutore l'obbligo d'impiegare quei risparmi, il tempo e il modo in cui debba essere fatto l'impiego.

La prefissione della somma, accumulata la quale se ne avesse ad operare l'investimento, non poteva, com'è naturale, essere fatta in modo assoluto con una disposizione generale di legge. La convenienza d'una, piuttostochè di

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 617.
(2) V. Laurent, t. V, n. 31.

un'altra determinazione, dovea dipendere dalle circostanze particolari dei casi, e principalmente dallo stato di fortuna del minore, ed anche dalla natura dei beni che ne componessero il patrimonio, per cui potesse esser prudente di tener disponibile in riserva una somma maggiore o minore. Poichè pertanto ciò che sarebbe opportuno in un caso potrebbe non esserlo in circostanze diverse, era il miglior consiglio, quello che più si conformava allo scopo della legge, di favorire gl'interessi del minore, il deferire pienamente alla prudenza, alla saggezza, all'interessamento del consiglio di famiglia, lasciandogli anche in ciò una perfetta libertà di determinazione.

Non crediamo per altro che la disposizione, per la quale è obbligato il consiglio di famiglia a *fissare la somma da cui cominci l'obbligo al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite*, debba intendersi con rigore così assoluto da rendere indispensabile che il consiglio precisi una cifra. A veder nostro sarebbe soddisfatto lo scopo della legge, quale che ne sia la espressione, dettata in vista dei casi che potranno essere più comuni a verificarsi, se anche il consiglio di famiglia deliberasse doversi dal tutore depositare in una cassa di risparmio gli avanzi delle rendite, che saranno per risultare da ciascuno stato annuale, qualunque ne possa essere, ancorchè tenue, la somma; o fosse poi che il consiglio stabilisse nella stessa deliberazione una somma, alla quale giungendo codesti depositi dovessero essere convertiti in altro modo d'impiego, o che, espressamente o tacendo, si riservasse di prendere intorno a ciò ulteriori determinazioni. Ed anzi in molte circostanze un simile provvedimento potrebbe essere il più opportuno.

La nostra legge ha deferito ancora al consiglio di famiglia di stabilire *il tempo entro il quale debba essere fatto l'impiego*. E in ciò ha recato un'utile innovazione, in confronto del codice Francese e d'altri, che, imitandolo, avevano stabilito un termine fisso e generale di sei mesi,

decorribili dal giorno in cui si fosse accumulata la somma di risparmi prefissa dal consiglio, per dar tempo al tutore di trovare un impiego sicuro e conveniente. Utile ci sembra codesta innovazione, perchè un termine uniforme non poteva convenire ugualmente a tutti i casi e in tutte le circostanze; e principalmente la maggiore o minore entità della somma di cui si avesse a fare l'impiego poteva rendere opportuno il concedere all'uopo un termine più lungo o più breve. Il meglio era dunque anche qui di lasciare al consiglio di famiglia lo stabilire il termine, secondo ciò che le circostanze suggerissero come più opportuno; e maggiormente nel sistema della legge nostra, che volle affidato al consiglio di famiglia di determinare anche il *modo dell'impiego*, essendo evidente che dalla diversità del modo che venga prescelto, può dipendere anche la necessità o la convenienza d'un termine maggiore o minore, e talora anzi potrebbe non essere veramente necessario il dar termine alcuno, come quando si fosse deciso doversi far deposito delle somme risparmiate, in una pubblica cassa.

Ma il termine, che il consiglio di famiglia abbia prefisso, dovrà sempre decorrere dal giorno in cui siansi trovati accumulati nella cassa dell'amministrazione tutelare gli avanzi di rendite nella somma fissata dal consiglio stesso? Sarebbe, ci sembra, questo un punto di decorrenza di non facile accertamento, e che lascierebbe luogo a troppe contestazioni. D'altronde l'esser disponibile in cassa ad un dato momento dell'anno quella somma, che fu prevista dal consiglio di famiglia, non vuol dire ancora che sia veramente un avanzo, non potendo questo risultare se non dal bilancio tra tutte le rendite riscosse e tutte le spese effettuate, nè le spese facendosi tutte a giorno fisso, bensì man mano che se ne presenta il bisogno, nè le rendite, quantunque esigibili a scadenze regolari, potendosi sempre incassare con pari regolarità. Ora, il bilancio delle entrate e delle spese si fa in fin d'anno, come

nelle altre amministrazioni, così pure nella tutelare; rispetto alla quale appunto perciò è prescritto ai tutori, eccettuati soltanto l'avo paterno e il materno, di presentare ogni anno gli stati della loro amministrazione al consiglio di famiglia. Sarà dunque soltanto dalla chiusura del conto annuale, cioè dalla fine di ciascuna annata di amministrazione — chè, come facilmente s'intende, non potrebbe dipendere dalla negligenza del tutore nel presentare lo stato di sua amministrazione il prolungarsi in favore di lui il termine utile ad eseguire l'impiego degli avanzi — sarà normalmente da quel punto che decorrerà il termine stabilito dal consiglio, se questo non abbia nella sua deliberazione altrimenti disposto (1).

Poniamo questa limitazione; parendoci incontestabile, che come al consiglio spetta facoltà piena e libera di stabilire come reputi opportuno il tempo entro cui debba essere fatto l'impiego, così debba pure essere in poter suo di stabilire per la decorrenza di quel termine un punto diverso, se lo giudichi conveniente. E talvolta potrebb'esservene buona ragione; come quando essendo sufficiente una determinata parte delle rendite alle spese personali e d'amministrazione del minore, si ordinasse che un'altra parte determinata di esse, per es., i fitti di certi fondi, o le rendite di certi valori pubblici, o gl'interessi di certi capitali, dovessero tostochè riscossi essere capitalizzati, investendoli in un determinato modo d'impiego.

Fu chiesto come dovesse essere regolato il tempo per l'impiego degli avanzi delle rendite, qualora il consiglio di famiglia, in onta al disposto della legge, avesse ommesso di stabilire all'uopo un termine preciso; e fu risposto che in tal caso *debba il tutore fare l'impiego entro il più breve termine, sotto pena dei danni ed interessi per causa di negligenza* (2). Pare a noi però che con una tale interpretazione

(1) V. Laurent, t. V, n. 33, pag. 38.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 614, 2°, pag. 427.

del primo paragrafo dell'art. 291 siasi dimenticata la disposizione del paragrafo successivo, dove il tutore colpevole di avere ommesso di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia sui diversi oggetti contemplati nel paragrafo precedente, tra i quali il tempo entro cui debbano essere impiegati gli avanzi delle rendite, è reso responsabile, *alla scadenza di tre mesi*, degl'interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie. Questo termine di tre mesi è concesso dalla legge al tutore per lo scopo evidente di lasciargli agio a poter trovare un impiego conveniente dei risparmi ottenuti sulle rendite del minore. Ci sembrerebbe troppo strano che il tutore fosse meglio trattato quando per colpa sua non fosse stato regolato quell'impiego dal consiglio di famiglia, che quando ciò dipendesse unicamente da una ommissione imputabile al consiglio stesso; e che mentre nel primo caso il tutore colpevole godrebbe, per concessione di legge, d'un termine utile di tre mesi per fare l'impiego, nel secondo dovesse divenire responsabile degl'interessi delle somme non impiegate, immediatamente od almeno entro quel più breve termine in cui un diligente padre di famiglia avrebbe potuto eseguire l'investimento delle somme predette.

La nostra legge attribuisce anche al consiglio di famiglia la facoltà di stabilire *il modo dell'impiego*. E con ciò ha risoluta una questione, che avea suscitata qualche diversità di opinioni in diritto francese. Il maggior numero degli autori avvistavano spettare al tutore libera facoltà di scegliere, sotto la responsabilità propria, quel modo d'impiego che reputasse più opportuno (1). Vi era però una insigne autorità a sostegno della massima, che fu poi adottata nel nostro codice (2). E veramente, se in diritto costituito, secondo il codice Francese, che non assoggettava espressamente all'autorità del consiglio di famiglia il

(1) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, p. III, n. 386, 493; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 362, obs. II; Duranton, t. III, n. 568.
(2) V. Marcadé, art. 456, § 2, t. II, n. 257.

tutore in ordine alla determinazione del modo d'impiego dei risparmi, la opinione professata dalla maggioranza degl'interpreti di quel codice era più conforme al principio fondamentale, secondo cui devesi riconoscere la pienezza dei poteri del tutore per tutto quanto concerne l'amministrazione dei beni del minorenne, sin dove tali poteri non siano limitati da espresse ed eccezionali disposizioni di legge; in diritto costituendo, però, e specialmente in riguardo alla legislazione nostra, che volle restringere la facoltà del tutore, estendendo all'opposto la vigilanza e le attribuzioni del consiglio di famiglia, al fine di guarentire meglio gl'interessi dell'amministrato, e nello stesso tempo render possibile verso il tutore un minor rigore nella cauzione da esigersi da lui, era manifestamente più congruo il sottoporre all'autorità del consiglio di famiglia anche questi atti dell'investimento dei risparmi, che se fatti senza bastante oculatezza potrebbero compromettere irreparabilmente ogni miglioramento della fortuna del minore.

Secondo il nostro codice, la libera facoltà di determinare il modo d'impiego degli avanzi reputato più opportuno spetta dunque al consiglio di famiglia. Il quale, usando del potere discrezionale che la legge gli concede in proposito, può, secondo le circostanze, non solo prefiggere quel mezzo d'investimento di detti risparmi che stimi più sicuro e più utile, sia nell'acquisto d'immobili, o di valori pubblici, industriali o commerciali, sia in mutui fruttiferi coll'assicurazione di congrue guarentìe, sia in qualunque altra maniera che faccia entrare nel patrimonio del minore valori capitali nuovi produttivi di rendita; ma ancora, se le particolarità dei casi lo richiedano o lo consiglino, autorizzare il tutore, od ordinargli, d'impiegare gli avanzi a scopi di conservazione o miglioramento dei beni già esistenti nel patrimonio del minorenne, come in riparazioni o ricostruzioni di edifizi, in costruzioni nuove, in bonificazioni ai terreni, in acquisti di scorte e macchine pei fondi, e simili.

Colla disposizione dell'art. 291, relativa al potere attribuito al consiglio di famiglia per determinare il modo di impiegare gli avanzi delle rendite, non può certamente confondersi quella dell'art. 294 del nostro codice, ove è disposto che:

" Il consiglio di famiglia potrà eziandio stabilire cautele " speciali per l'esazione e l'impiego di quella parte di " rendita che ecceda la somma fissata a norma dell'arti- " colo 291 „.

Vero è, che a chi considerasse isolatamente questo articolo, potrebbe esso a prima vista parere concernente le guarentìe da esigersi per la sicurezza dell'impiego, che il consiglio avesse ordinato di fare; sotto il quale aspetto codesta disposizione assumerebbe appunto il carattere di una conseguenza, d'un accessorio, d'un complemento di quella, che nell'art. 291 fa dipendere dalla deliberazione del consiglio di famiglia il determinare *il modo dell'impiego*. Ma codesto concetto, che già sarebbe facilmente rimosso dalla sola riflessione che le *cautele speciali* contemplate nella cennata disposizione comprendono pure la *esazione delle rendite*, le quali cautele non potrebbero avere alcun rapporto col *modo d'impiego*, si dimostra poi assolutamente diverso da quello che il legislatore ebbe in mente, quando si avverta come l'articolo 294, legato per la stessa dizione sua a quello che lo precede, faccia seguito e complemento delle disposizioni di legge relative alle facoltà attribuite al consiglio di famiglia in ordine alla cauzione da prestarsi dal tutore. Donde emerge chiara l'idea del legislatore di autorizzare il consiglio di famiglia a prescrivere condizioni speciali, che debbano essere osservate dal tutore nella riscossione delle rendite e nell'impiego di quella parte di esse che sopravanzi alle spese, al fine speciale di assicurare gl'interessi del minore a fronte del tutore stesso. Ciò, d'altronde, è conforme perfettamente allo spirito della legge nostra, intenta a diminuire la responsabilità del tutore, vincolandone l'azione alla sorveglianza ed alla

direzione del consiglio di famiglia, ed alla osservanza di particolari provvedimenti, che in virtù di apposite disposizioni di legge possono essere dal consiglio medesimo emanati, per poter poi essere meno rigorosi verso il tutore nella cauzione che si deve esigere da lui. E veramente possono verificarsi casi, in cui il patrimonio del minore produca rendite così cospicue e di tanto superiori alle spese, da non essere prudente di lasciare in piena balìa di un tutore, che può non avere sostanze corrispondenti, e non essere in grado di offrire cauzione adeguata, la riscossione di somme così considerevoli per farne poi l'impiego, che potrebbe non essere eseguito, od esserlo in modo diverso da quello ordinato dal consiglio di famiglia, compromettendo con ciò irreparabilmente importanti interessi dell'amministrato. A prevenire simili inconvenienti, a render possibile, senza pericolo pei tutelati, l'esercizio anche di tutele importanti da parte di persone che non possano offrire nella entità delle proprie sostanze una guarentìa sufficiente, intende appunto questa disposizione dell'articolo 294 del codice nostro. In virtù della quale potrà, per esempio, il consiglio stabilire che le rendite, o una certa parte di esse, non possano riscuotersi, se non coll'intervento anche del protutore; che, riscosse, debbano essere immediatamente depositate o presso il protutore stesso, o presso un terzo, o in una cassa pubblica, per prelevarne poi man mano quella sola parte che occorra per le spese autorizzate; che non possano essere ritirate dalle mani del depositario, o dalla cassa pubblica, se non facendone contemporaneamente l'impiego nel modo stabilito; che tale impiego debba farsi con atto pubblico, e debba intervenirvi pure il protutore; e, insomma, ordinare tutti quei provvedimenti, che il consiglio stesso stimi opportuni ad assicurare pienamente gl'interessi dell'amministrato, senza offendere il decoro e l'autorità del tutore.

Solo ci sembra da osservare, che le cautele speciali, che il consiglio stimasse opportuno di stabilire per l'esazione

delle rendite, potrebbero anche riguardarle tutte, e non limitarsi, come direbbero le parole della legge, *a quella sola parte di esse che ecceda la somma fissata a norma dell'articolo* 291. In alcuni casi potrà essere agevole il fare questa distinzione; ed essendovi una parte materialmente determinata di rendite, che basti alle spese annuali, per es., le rendite di cartelle del debito pubblico, o le pigioni delle case facenti parte del patrimonio del minore, il consiglio potrà limitare i provvedimenti e le cautele che prenderà alle altre rendite, per es., ai fitti dei poderi. Ma altre volte, mancando una tale distinzione materiale di rendite, come quando esse derivassero tutte da un solo tenimento dato a locazione per un prezzo unico, le cautele che il consiglio di famiglia reputasse opportuno di ordinare si estenderebbero naturalmente all'intiero reddito, salvo il dare i provvedimenti opportuni affinchè il tutore potesse avere a sua disposizione le somme necessarie per le spese. Le parole finali, che abbiamo sopra ricordate, dell'art. 294, debbono, a veder nostro, riferirsi *all'impiego;* rispetto al quale è ovvio, infatti, come le cautele determinabili dal consiglio di famiglia non possano essere che limitate *a quella parte di rendita che ecceda la somma fissata a norma dell'art.* 291; ma non devono intendersi applicabili con eguale rigore di limitazione alle cautele che vogliansi prescrivere relativamente alla esazione delle rendite.

L'effetto naturale delle deliberazioni che il consiglio di famiglia abbia prese, conformemente all'art. 291, intorno all'impiego degli avanzi sulle rendite, è di obbligare il tutore ad eseguire esattamente le deliberazioni stesse, investendo, entro il termine e nel modo stabilito, gl'intieri risparmi che siansi verificati, ancorchè le spese essendo state inferiori al limite approssimativo stabilito dal consiglio, i risparmi stessi si trovino quindi maggiori del previsto; e tutto ciò sotto quella responsabilità a carico del tutore, pel caso d'inadempimento, della quale avremo a parlare in uno dei numeri seguenti.

È però un punto che merita qualche speciale esame quello di determinare se le deliberazioni del consiglio possano anche avere per effetto di liberare il tutore da ogni ulteriore responsabilità, purchè siasi egli conformato fedelmente alle deliberazioni stesse. Intorno a che, essendosi già osservato poco sopra come, non ostante la determinazione approssimativa delle somme da impiegarsi, risultante dal confronto tra l'ammontare delle rendite e quello delle spese, di cui il consiglio aveva prefisso all'incirca il limite, incomba tuttavia al tutore l'obbligo d'impiegare l'intiera somma risparmiata, quand'anche fosse riuscita notevolmente superiore alla previsione; il quesito rimane dunque ad esaminarsi soltanto in rapporto a ciò che sia stato ordinato dal consiglio quanto al tempo ed al modo dell'impiego.

Per ciò che riguarda il tempo, non par dubbio, in via di massima generale, che il tutore, il quale eseguisca l'impiego entro il termine prefissogli, sia da reputarsi liberato da ogni maggiore responsabilità, senzachè sia allegabile contro di lui la possibilità, che pur vi fosse stata, usando le cure d'un diligente amministratore, di effettuare più presto quell'impiego. Infine l'obbligo suo, nella specialità della materia, erasi concretato unicamente nel curare da buon padre di famiglia l'attuazione dell'impiego nel tempo e nel modo ordinatogli dal consiglio. Se ha adempito fedelmente quest'obbligo, non gli si può richiedere maggior cosa.

Ciò, però, abbiam detto generalmente, senza volere escludere che, per circostanze particolari e straordinarie, potesse il tutore incorrere talvolta in qualche responsabilità, sebbene avesse regolarmente ottemperato alla deliberazione del consiglio. Poniamo, per es., che prima della scadenza del termine da questo prefisso fosse stata offerta al tutore una occasione d' impiego sicuro e conveniente nel modo appunto stabilito dal consiglio; e il tutore l'avesse rifiutata, differendo fino alla scadenza del termine

concessogli, per fare allora un impiego non migliore. Lo crederemmo, in tal caso, responsabile del danno che avrebbe cagionato al proprio amministrato; poichè, se la deliberazione del consiglio limitava la obbligazione del tutore a provvedere per l'impiego entro quel determinato tempo, non lo autorizzava però a far perdere per fatto proprio al tutelato una opportunità spontaneamente offertasi di un più pronto investimento; e rifiutandolo, il tutore ha mancato al proprio dovere di amministrare da buon padre di famiglia, principio generale questo che soprastà a tutte le regole particolari, che il legislatore ha dettate circa la amministrazione tutoria.

D'altra parte l'essere il tutore liberato da responsabilità, purchè solo abbia eseguito l'impiego dei risparmi entro il tempo determinato dal consiglio di famiglia, non può avere per conseguenza di esimerlo dal render conto degli utili che le somme da impiegarsi abbiano potuto produrgli prima di quel tempo. Osta a ciò un altro principio, che non ha bisogno di dimostrazione; quello, cioè, che il tutore non possa rivolgere in alcun modo a proprio profitto, in aumento del proprio patrimonio, i beni del minore che gli sono affidati in amministrazione. E perciò, se il tutore avesse realizzato l'impiego prima che spirasse il termine concessogli all'uopo dal consiglio di famiglia, dovrebbe senza dubbio render conto degl'interessi che avesse riscossi anche per quell'intervallo di tempo. Sarebbe egli per la stessa ragione responsabile in proprio degl'interessi di quelle somme, qualora fosse provato che nel periodo trascorso tra la riscossione delle rendite e il giorno in cui, eseguendo la deliberazione del consiglio, ne avesse fatto l'impiego, le avesse adoperate a proprio uso. D'altronde ciò s'indurrebbe pure per analogia, od anzi *a fortiori*, dalla disposizione dell'art. 1750 cod. civ., che obbliga il mandatario a corrispondere " gl'interessi delle somme che ha " impiegate a proprio uso, dalla data del fattone impiego, " e gl'interessi di quelle di cui è rimasto in debito dal

“ giorno in cui fu costituito in mora „ ; poichè infine anche il tutore è un *mandatario legale*, le cui obbligazioni debbono quindi riguardarsi come più rigorose, anzichè più miti di quelle derivanti da un mandato convenzionale (1).

Ed anzi, in applicazione dell'ultima parte del citato articolo 1750, parrebbe da ritenersi eziandio responsabile il tutore degl'interessi di quelle rendite, di cui egli stesso fosse debitore verso il proprio amministrato, per interessi di capitali, per pensioni d'affitto d'immobili, per canoni enfiteutici, per rendita perpetua o vitalizia, od altro, e non ostante la scadenza del termine al pagamento di quelle somme, avesse ommesso di versarle nella cassa tutelare, mentre la scadenza stessa del termine lo avrebbe costituito in mora. Infatti in simili casi il tutore, nei suoi rapporti verso il tutelato, figura in una duplice qualità, di amministratore e di debitore; nella prima delle quali, siccome sarebbe stato tenuto sotto la propria responsabilità di curare a precisa scadenza la riscossione, qualora fosse stata debitrice una terza persona, così, essendo debitore egli stesso, avrebbe dovuto sotto la stessa responsabilità versare alla cassa tutelare le somme da lui dovute al minore: *debuit a semetipso exigere.* “ Quod adversus alium “ praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque “ praestare debet; fortassis et plus; adversus alios enim “ experiri sine actione non potuit, adversus se potuit „ (L. 9, § 3, ff. *de admin. et peric. tut.*). Pertanto, dal giorno della scadenza, la quale produceva senz'altro la costituzione in mora, il tutore cominciò ad avere anche in qualità di amministratore, di mandatario legale, quel debito che era dapprima estraneo ai rapporti della tutela; epperò gli divenne applicabile la regola generale, secondo cui ogni mandatario *deve gl'interessi delle somme di cui in tale sua qualità sia rimasto in debito, dal giorno in cui fu costituito in*

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 362, obs. III; Marcadé, art. 456, § 3, t. II, n. 258; Demolombe, t. VII, n. 613; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 39; Laurent, t. V, n. 29.

mora. È vero che con queste espressioni l'articolo 1750 intende riferirsi specialmente al reliquato, di cui un mandatario ordinario risulti debitore in fine di sua gestione. Ma non dobbiamo neppure dimenticare come l'applicabilità di questa disposizione dell'art. 1750 al mandato legale di un tutore abbia luogo soltanto per analogia. Ora il tutore, che era in mora pel pagamento di somme da lui periodicamente dovute al minore, e non ha fatto i corrispondenti versamenti nella cassa tutelare, deve oramai, in qualità di mandatario legale, di tutore, ciò che prima doveva per tutt'altro titolo, perchè in quella qualità sarebbe stato tenuto ad esigere da sè stesso, come sarebbe stato tenuto a costringere un terzo debitore a pagare. Egli è pertanto un mandatario legale, che come tale ha, verso quelli i cui affari amministra, un debito certo e liquido, e pel quale è in mora. Non vi è dunque la più perfetta analogia col caso contemplato nell'articolo 1750? Non vi è forse completa identità di ragione per tenere responsabile questo mandatario legale degl'interessi sulle somme di cui è in debito verso l'amministrato, dal giorno in cui fu costituito in mora? — Così pare a noi, che sotto questo semplice aspetto, e senz'uopo di ricorrere alle disposizioni di legge che concernono le obbligazioni del tutore relativamente all'impiego dei risparmi fatti sulle rendite del tutelato, si giustifichi pienamente l'insegnamento di alcuni autori, che “ il tutore, “ il quale sia debitore egli stesso verso il proprio pupillo, “ sia tenuto agl'interessi legali sulle somme dovute, a par- “ tire dal giorno della esigibilità del debito „ (1). Tutta la questione si ridurrebbe, quindi, unicamente a determinare se il tutore abbia, o no, soddisfatto alla propria obbligazione, versando nella cassa tutelare le somme da lui dovute al minore; punto questo di mero fatto, com'è evidente, e della cui prova spetterebbe sempre l'onere al tutore, poichè

(1) V. Delvincourt, vol. I, tit. X, sect. VII, § 2, pag. 123, n. 4; Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. I, pag. 362; obs. IV; Marcadé, art. 456, § 3, t. II, n. 258.

chi pretende d'essere stato liberato da una obbligazione deve provare il pagamento o il fatto che l'ha estinta (art. 1312 cod. civ.).

Perciò crediamo che il non avere osservata la distinzione degl'interessi, che possono stare a carico del tutore per essere egli debitore di somme che in forza del suo mandato legale avrebbe avuto l'obbligo di far entrare nella cassa tutelare, dagl'interessi di cui può essere responsabile per non avere in tempo debito effettuato l'impiego dei risparmi fatti sulle rendite del minore, sia stato causa del dissenso di alcuni altri autori; i quali opinarono che gl'interessi delle somme dovute dal tutore al minorenne avessero a decorrere, non già dal giorno della scadenza del termine pel pagamento di quelle somme, ma dallo spirare del tempo prefisso per l'impiego degli avanzi sulle rendite del minore (1), salvochè, soggiungeva qualcuno di essi, *fosse provato contro il tutore ch'egli non avesse alla scadenza versato nella cassa della tutela la somma da lui dovuta* (2). In appoggio di questa opinione adducevasi da taluno, *che il tutore non dovesse esser trattato più rigorosamente perchè fosse egli, anzichè un terzo, il debitore.* Ma questo argomento posava evidentemente sul falso. Se è debitore un estraneo, il ritardo nel pagamento proviene da colpa di costui; e posto pure che una colpa sia imputabile anche al tutore, per non avere curata colla debita diligenza la riscossione, non essendo egli tenuto che a risarcire i danni effettivamente avvenuti per colpa sua, e danni non potendo essersi verificati, se non a partire dal giorno in cui la somma che fosse stata riscossa avrebbe dovuto essere impiegata, è dunque ovvio che solo da questo giorno possano decorrere a carico del tutore gli interessi su tale somma. All'opposto se era debitore il tutore stesso, egli che era in mora per la scadenza del

(1) V. Duranton, t. III, n. 565; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 40.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 616.

termine, e che dovendo, come debitore, pagare a sè stesso, quale rappresentante del minorenne creditore, aveva ormai, pel mancato versamento nella cassa tutelare, trasmutato in un nuovo titolo, dipendente dal mandato legale di tutore, il debito che prima aveva per un titolo diverso, deve per questa causa gl'interessi, indipendentemente da ogni considerazione all'impiego, non effettuato in tempo debito, degli avanzi sulle rendite del tutelato.

Altri hanno osservato, che *la mancanza d'immediato impiego delle somme dovute dal tutore stesso non prova necessariamente ch'egli non abbia, fin dalla scadenza del termine, tenute queste somme a disposizione per essere impiegate nell'interesse del minore alla prima occasione che si presentasse.* Ma in ciò si contiene, a veder nostro, un duplice errore; supponendosi che basti avere il tutore *tenute pronte* le somme che doveva, mentre non potrebb'essersi liberato dalla sua obbligazione, e dalla conseguente responsabilità per inadempimento, se non quando avesse effettivamente versate quelle somme nella cassa tutelare; e supponendosi poi che incomba al tutelato l'onere di quella prova che spetterebbe invece al tutore.

L'autore poi, che citammo da ultimo, dopo avere riconosciuta sostenibile l'opinione che il tutore *debba gl'interessi dal giorno della esigibilità del suo debito personale*, dopo avere soltanto contestato che una tale dottrina possa farsi derivare dalla *presunzione legale che il tutore abbia impiegata a proprio vantaggio la somma che avrebbe dovuto pagare al tutelato*, e giustamente, perchè una presunzione legale senza una legge che chiaramente la stabilisca non è concepibile, finisce coll'ammettere l'accennata soluzione, *purchè sia provato contro il tutore ch'egli non abbia eseguito alla debita scadenza il versamento della somma dovuta nella cassa tutelare*. E mentre così ripete quello che a noi parve un errore anche degli altri, di ritenere, cioè, che non incomba al tutore di provare il pagamento, ma al tutelato, od a chi per lui, di escluderlo;

avverte da ultimo il tutore, che *farà bene se dichiarerà al surrogato tutore, nel giorno di scadenza, che ha pronti i suoi fondi pel pagamento.* Il che veramente non sembra conciliarsi perfettamente colle idee premesse; giacchè da una parte il medesimo autore avea detto poco prima che il tutore sarebbe tenuto degli interessi del suo debito fin dal giorno della esigibilità di esso, *qualora non avesse messa in cassa, nel dì della scadenza, la somma da lui dovuta*, e ciò suppone che non basti *aver pronti i fondi per pagare;* e d'altra parte il tutore non potrebbe abbisognare d'alcuna precauzione, se fosse vero che non potesse essergli imposto il carico degl'interessi fuorchè *a condizione di provare contro di lui che non avesse alla scadenza versata la somma dovuta nella cassa tutelare*, prova questa che sarebbe impossibile qualora il tutore avesse realmente eseguito tale versamento.

Siamo per ciò tutto convinti che il tutore sia tenuto a corrispondere gl'interessi legali delle somme da lui dovute all'amministrato, fin dal giorno della scadenza del termine, qualora non provi di avere in tempo debito eseguito il versamento di quelle somme nella cassa tutelare. E così veramente torna opportuno il consiglio al tutore di eseguire quel versamento coll'intervento del protutore, come rappresentante legale, che questi è, del minore in tutti i casi di opposizione d'interessi tra lui e il tutore, al fine di assicurarsi la prova del fatto pagamento, prova che potrebbe divenirgli necessaria per esimersi dal dovere gl'interessi sulla somma pagata, dal giorno della scadenza del termine, a quello in cui avesse impiegata la somma stessa a pro del minore.

Abbandonando ora questa lunga digressione, a cui ci costrinse l'importanza del dubbio che incidentemente si presentò, ritorniamo all'interrotta trattazione dell'argomento che ci rimaneva a svolgere intorno al quesito se la deliberazione del consiglio di famiglia, qualora il tutore vi si conformi esattamente, abbia per effetto di liberarlo

da ogni ulteriore responsabilità in ordine al modo d'impiego degli avanzi sulle rendite del minore.

E qui pure crediamo di potere affermare con sicurezza, che per principio generale il tutore, che abbia eseguito l'impiego nel modo ordinato dal consiglio di famiglia, non può incorrere in alcuna responsabilità, se anche l'impiego fatto in quel modo riesca men sicuro o meno utile pel tutelato. Ricorre la medesima osservazione che abbiamo rilevata rispetto al tempo dell'impiego. Il tutore non ha fatto che adempiere l'obbligo che gl'incombeva, eseguendo fedelmente la deliberazione del consiglio di famiglia. È mai possibile considerarlo per ciò in colpa, e renderlo responsabile di danni che il tutelato soffra? La responsabilità risale in ogni caso all'intiero consiglio, e non tocca personalmente il tutore.

Ma anche qui ci sembra che circostanze particolari e straordinarie potrebbero talvolta far luogo ad un'effettiva responsabilità del tutore. Poniamo che le condizioni delle cose siano mutate, sicchè quel modo d'impiego che al tempo della deliberazione del consiglio fu reputato vantaggioso, sia divenuto dopo mal sicuro o sconveniente al punto da non poter essere adottato da un amministratore di comune prudenza e diligenza. Se ciò non ostante il tutore eseguisse ciecamente quell'impiego, pensiamo che potrebb'esser chiamato responsabile dei danni che ne fossero derivati all'amministrato. Diremo di nuovo che tutte le regole particolari dettate dalla legge intorno all'amministrazione tutelare sono dominate dal principio generale e più alto, che il tutore in tutti gli atti di sua gestione debba regolarsi da buon padre di famiglia. Mutate le circostanze, divenuto necessario di modificare le prime determinazioni del consiglio di famiglia in ordine al modo di impiegare i risparmi dell'amministrazione, era dovere del tutore di provocare dal consiglio stesso le nuove deliberazioni richieste dalla cangiata condizione delle cose; e appunto affinchè in questo, come in altri casi, potesse egli

promuovere quei provvedimenti che ad una buona amministrazione convengano, la legge gli diede nell'articolo 257 codice civile il diritto di richiedere la convocazione del consiglio di famiglia. Solo allora che questo deliberasse di rifiutare il proposto cangiamento della determinazione prima, il tutore si troverebbe al coperto d'ogni responsabilità.

206. La legge ha previsto espressamente il caso che le sue disposizioni per la determinazione della somma da cui cominci pel tutore l'obbligo d'impiegare gli avanzi delle rendite, e per stabilire insieme il modo dell'impiego e il tempo entro il quale debba essere fatto, siano rimaste inadempite per colpa del tutore, avendo egli ommesso di chiedere al consiglio di famiglia le relative deliberazioni. E le opportune speciali sanzioni a carico del tutore stesso furono stabilite nel § 2 dell'art. 291, ove è detto:

“ Il tutore che avrà ommesso di provocare le delibera-
“ zioni del consiglio di famiglia su questi oggetti, diven-
“ terà responsabile, alla scadenza di tre mesi, degl'interessi
“ di qualunque somma eccedente le spese strettamente
“ necessarie „.

Già avemmo a notare come queste ultime parole comprendano la sanzione, che la legge volle imporre al tutore pel caso d'inadempimento dell'obbligazione, ordinata nel primo paragrafo del medesimo articolo, di far determinare dal consiglio di famiglia l'annua spesa approssimativa per il mantenimento, l'educazione ed istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio di lui (1). Ma, sia poi ch'egli abbia eseguita, o no, questa obbligazione, se non abbia soddisfatto eziandio all'altra di far *fissare dal consiglio la somma da cui cominci l'obbligo d'impiegare gli avanzi delle rendite, e il modo dell'impiego, e il tempo entro il quale debba essere fatto*, rimarrà sempre *responsabile, alla*

(1) V. sopra, n. 204, pag. 929 e segg.

scadenza di tre mesi, degl'interessi sulle somme degli avanzi attivi risultanti dal confronto tra le rendite e le spese. La sola differenza starà nella determinazione appunto delle spese ammissibili in detrazione delle rendite, per stabilire codesti avanzi; chè se il tutore abbia contravvenuto totalmente alle obbligazioni impostegli dal primo paragrafo dell'art. 291, non provocando dal consiglio di famiglia veruna delle deliberazioni ivi contemplate, *qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie* dovrà per legge considerarsi come avanzo, di cui il tutore diverrà responsabile, ed egli dovrà perciò ancora corrisponderne gl'interessi computabili dalla scadenza di tre mesi; se invece abbia riportata dal consiglio la prefissione della somma annua delle spese, ma non ne abbia invocate le deliberazioni per l'impiego degli avanzi, saranno da considerarsi come tali le somme che eccedano le spese realmente sostenute entro i limiti stabiliti dal consiglio di famiglia e giustificate, e di queste somme unicamente sarà responsabile il tutore, e ne dovrà gl'interessi all'accennata scadenza.

Collo stabilire il principio, che il tutore colpevole di disobbedienza alla legge, per non avere promosse le deliberazioni del consiglio di famiglia intorno all'impiego delle rendite sopravanzate, ed al tempo e al modo di esso, diventi responsabile, alla scadenza di tre mesi, degl'interessi su qualunque somma costituente avanzo, il legislatore ha colle proprie disposizioni completamente supplito nell'interesse del minore alle deliberazioni mancanti del consiglio di famiglia. Vi ha supplito quanto alla determinazione della somma, da cui cominci l'obbligo dell'impiego, col dichiarare che il tutore debba gl'interessi su *qualunque somma* costituente avanzo, per quanto tenue essa sia; il che è pel minore un'equa protezione del suo interesse, e pel tutore una giusta pena della sua trasgressione della legge. Vi ha supplito quanto al modo dell'impiego, determinando che in mancanza di esso vi si sostituisca la

decorrenza degl'interessi a carico del tutore. Vi ha supplito quanto al tempo dell'impiego, ingiungendo che la decorrenza di tali interessi debba computarsi *dalla scadenza di tre mesi*. Su ciascuno di questi punti ci sembra però opportuna qualche ulteriore riflessione.

Abbiam detto, in primo luogo, che nel caso contemplato dall'art. 291, § 2, il tutore deve gl'interessi su qualunque somma di avanzo, per quanto sia tenue. Così dichiaravano espressamente il codice Francese nell'articolo 456, il Napoletano nell'art. 379, l'Albertino nell'art. 330. Il codice Italiano ha parlato semplicemente di *qualunque somma eccedente la spesa*; perchè questa espressione assoluta era abbastanza significativa, senza bisogno di aggiungere, ciò ch'era evidente per sè, non importare la maggiore o minore entità della somma costituente l'avanzo. Soggiunge veramente il testo doversi considerare le spese *strettamente necessarie*. Ciò però, come già avvertimmo, è in relazione al supposto del caso, che sarà più frequente a verificarsi, in cui il tutore, trascurando di promuovere le deliberazioni del consiglio di famiglia, non le abbia invocate nè per stabilire la somma annua delle spese, nè per regolare l'impiego degli avanzi. Ma se avvenisse che il tutore avesse fatto deliberare il consiglio sul primo degli accennati oggetti, e non sul secondo, il tutore dovrebbe, come pure notammo, gl'interessi sulle somme eccedenti le spese sostenute entro i limiti prefissi dal consiglio, e giustificate.

Secondariamente dicemmo che la decorrenza degl'interessi a carico del tutore è sostituita dalla legge al *modo d'impiego*, che sarebbesi dovuto fare stabilire dal consiglio di famiglia. E veramente è questo il mezzo, che la legge ha adottato nell'interesse del minore, per rendere ugualmente fruttiferi a profitto di lui quei sopravanzi annuali delle rendite, che, se il tutore avesse adempiti gli obblighi suoi, avrebbero dovuto essere impiegati nel modo che il consiglio di famiglia avesse determinato. D'altronde questa particolare disposizione della legge è perfettamente

conforme ai principii generali di diritto; perciocchè la prestazione degl'interessi legali, posta a carico del tutore, rappresenta giustamente il risarcimento dei danni, a cui egli deve essere tenuto per l'inadempimento delle obbligazioni sue.

Questa stessa osservazione serve a porre in rilievo un punto, del resto evidentissimo; che, cioè, in tanto solo può essere il tutore tenuto a corrispondere gl'interessi legali sulle somme residue delle rendite annue, in quanto non le abbia realmente impiegate a profitto del minore, o ne abbia fatto tale impiego che renda un frutto minore del legale. Chè se, non ostante la mancanza di deliberazione del consiglio di famiglia intorno all'impiego di tali somme, il tutore le avesse effettivamente investite nella loro totalità, in modo da procurare al minore un interesse annuo superiore od eguale al quattro per cento (art. 1831 codice civile, modificato dalla legge 22 giugno 1905), non sarebbe possibile tenere il tutore stesso responsabile di ulteriori interessi, mentre mancherebbe di fatto il danno, a risarcimento del quale la legge glieli ha imposti. Se invece avesse bensì provveduto ad un impiego, ma tale da render meno dell'interesse legale, dovrebbe corrispondere la differenza.

Un altro punto, non meno manifestamente derivante dalla medesima considerazione, che la decorrenza degli interessi posta a carico del tutore rappresenti il risarcimento del danno da lui dovuto per l'inadempimento delle proprie obbligazioni, è ancora ch'egli non resti perciò esonerato dal dovere di ottemperare ad una ulteriore deliberazione, che il consiglio di famiglia emanasse ordinando un determinato modo d'impiego delle somme risultate in eccedenza delle rendite sulle spese anche negli anni anteriori. Sarebbe un errore troppo evidente il pensare che, cominciata a carico del tutore, in virtù dell'art. 291, § 2, la decorrenza degl'interessi legali sulle somme di avanzo delle rendite annue del minore, avesse a considerarsi come costituito per legge presso il tutore medesimo l'impiego

fruttifero di quelle somme per tutta la durata della tutela. In tal modo volgerebbesi a benefizio del tutore ciò che la legge introdusse nel solo interesse del minore, ciò che non è se non una conseguenza dell'inadempimento da parte del tutore, delle obbligazioni sue. La legge ha sostituito all'impiego, che il tutore avrebbe dovuto fare di quelle somme, in conformità delle deliberazioni che gli spettava di provocare dal consiglio di famiglia, la decorrenza degli interessi legali a carico di lui; lo ha fatto nel solo interesse del minore, affinchè venga risarcito del danno, che la mancanza commessa dal tutore gli ha cagionato. Ma non cessa per questo d'essere nei poteri del consiglio di famiglia di determinare il modo in cui debbano essere impiegati gli avanzi delle rendite del minore; non cessa di esistere pel tutore l'obbligo di eseguire le deliberazioni emanate dal consiglio in materia di sua competenza. E se una tale deliberazione intervenga, il tutore rimarrà bensì tenuto alla corresponsione degli interessi sulle somme risparmiate, a partire dalla scadenza determinata dalla legge fino al giorno in cui abbia eseguito l'impiego deliberato dal consiglio; ma non potrà esimersi dall'effettuare questo impiego, incorrendo altrimenti nelle sanzioni ordinarie, di dover risarcire ulteriormente il danno derivato al minore dal non essere stato fatto nell'interesse di lui quell'investimento più utile che il consiglio avesse stabilito, e di potere anche, secondo i casi, essere rimosso per infedeltà o trascuratezza.

Dicemmo, da ultimo, come al termine, che avrebbe dovuto essere stabilito dal consiglio di famiglia, entro cui si avesse a fare l'impiego, in mancanza della deliberazione del consiglio, la legge abbia sostituito la scadenza fissa di tre mesi; e ciò non ha bisogno di dimostrazione, poichè è dichiarato in precise parole del testo.

Di questo termine, che la legge ha conceduto affinchè il tutore possa riparare alla sua precedente ommissione, invocando la deliberazione del consiglio, ed eseguendo in

conformità di essa l'impiego ordinato, dev'essere, com'è chiaro, compiuto l'ultimo giorno prima che cominci a carico del tutore la responsabilità degl'interessi. Appena potrebbe nascere il dubbio, se trascorsi i tre mesi senza che il tutore avesse adempito agli obblighi suoi, la responsabilità per gl'interessi avesse a reputarsi retroattiva; ma vi resiste troppo apertamente la chiara espressione, che il tutore *diventa responsabile di quegl'interessi alla scadenza di tre mesi;* e vi resiste pure la ragione stessa della legge, poichè agli occhi di essa la colpa del tutore, e la conseguente sua responsabilità pel danno arrecato al minore, non può cominciare veramente se non dal giorno in cui abbia lasciato trascorrere il tempo concessogli per soddisfare agli obblighi suoi, senz'averli adempiti.

La legge parla della *scadenza di tre mesi*, senza dire da qual punto comincino questi a decorrere. Però le osservazioni, che avemmo occasione di fare altra volta (1), ci sembrano bastanti a persuadere che il termine predetto abbia a computarsi, non dal giorno in cui siano entrate nella cassa tutelare le somme che poi si trovino in avanzo, ma da quello della chiusura di ciascun conto annuale; essendo d'allora soltanto che si trova accertato l'avanzo, intorno al cui impiego il tutore avrebbe obbligo di porsi in regola. D'altronde, se il termine di tre mesi è sostituito dalla legge a quello che avrebbe dovuto essere stabilito dal consiglio di famiglia, è coerente che identico ne sia il punto di decorrenza. Crediamo attribuibile ad una mera inavvertenza l'essersi detto da uno scrittore che i tre mesi, di cui nell'art. 291, § 2, debbano reputarsi decorribili *dal giorno dell'assunta amministrazione* (2).

Potrebbe il consiglio di famiglia, prima della scadenza dei tre mesi, deliberando, su una tardiva istanza del tutore, intorno all'impiego delle eccedenze di rendite, fissare

(1) V. sopra, n. 205, pag. 937 e segg.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 291, vol. I, § 614; III, pag. 979, n. 1.

all'uopo un termine diverso ed anche più lungo? Non sembra da dubitarne. Quantunque normalmente le determinazioni del consiglio intorno a quell'impiego debbano esser prese in principio dell'amministrazione tutelare, tostochè sia compiuto l'inventario, non è perciò che se questa disposizione non sia stata allora osservata, debba rimanere inadempita per sempre. Non può essere nello spirito della legge che per non avere il consiglio esercitata all'aprirsi della tutela quest'attribuzione, che la legge stessa gli commetteva nell'interesse del minore per garanzia di questo a fronte del tutore, il consiglio medesimo avesse a rimanerne spogliato, sicchè durante tutto il corso dell'amministrazione tutelare l'impiego degli avanzi annui rimanesse in libera facoltà del tutore, il quale potesse anche ritenere in sue mani quelle somme, addebitandosi solo degl'interessi relativi nella misura legale. E se, come non è dubbio, deve ammettersi che anche nel corso della tutela possa il consiglio deliberare intorno al predetto impiego, ed anzi il tutore abbia sempre obbligo di riparare alla ommissione avvenuta in principio della tutela, invocando, sebbene tardivamente, tale deliberazione; è altrettanto certo che, poichè il nostro codice nel § 1 dell'art. 291 abbandona illimitatamente al prudente criterio del consiglio di famiglia di stabilire per l'impiego delle rendite sopravanzate alle spese quel termine che reputi più opportuno, sarà lecito al consiglio stesso, deliberando prima che siano spirati i tre mesi di cui nel § 2 di detto art. 291, di concedere un termine anche maggiore, liberando così il tutore da quella decorrenza di interessi, che la legge porrebbe a suo carico alla scadenza dei tre mesi.

Ma se questa scadenza siasi già verificata, potrà il consiglio colla sua tardiva deliberazione, concedendo al tutore un nuovo termine per l'impiego, liberare il tutore stesso dagli interessi? Per le medesime ragioni sopra esposte non esiteremmo ad ammettere ciò, rispetto agli interessi non ancora scaduti al giorno della deliberazione,

dei quali il consiglio potrebbe arrestare la decorrenza accordando al tutore quel nuovo termine. Ma sarebbe impossibile ammettere l'effetto retroattivo della deliberazione del consiglio per liberare il tutore dagl'interessi decorsi sino a quel giorno; sui quali il minore avrebbe già un diritto acquisito, che il consiglio di famiglia non ha il potere di togliergli (1).

207. Effetto naturale della deliberazione, con cui a norma dell'art. 291, § 1, del nostro codice, il consiglio di famiglia abbia fissata la somma dalla quale debba cominciare l'obbligo al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite, il modo dell'impiego, e il tempo entro il quale debba essere fatto, è di obbligare il tutore a dare piena e fedele esecuzione alla deliberazione stessa, sotto la sua responsabilità personale. E qualora si verificasse il caso che il tutore, avendo ottenuta la deliberazione del consiglio di famiglia su questi oggetti, avesse ommesso di provocare l'altra che stabilisse l'annuo ammontare approssimativo delle spese personali e d'amministrazione patrimoniale del minorenne, siccome il tutore sarebbe tenuto in proprio di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie, in forza del disposto dal § 2 dello stesso articolo 291, così a questa somma appunto si estenderebbe allora la responsabilità di lui, se non ne avesse eseguito l'impiego colla perfetta osservanza delle norme stabilite dal consiglio.

Il codice Francese (art. 455), e sull'esempio di esso il Napoletano (art. 378), il Parmense (art. 243), l'Albertino (art. 329), l'Estense (art. 276) dichiaravano espressamente che qualora il tutore non impiegasse entro il termine prefissogli gli avanzi dei redditi, dedotte le spese, decorressero a carico di lui da quella scadenza gl'interessi legali su tali somme.

(1) V. Chardon, *Des trois puiss.*, p. III, n. 386.

L'attuale nostro codice non determina in proposito alcuna sanzione espressa a carico del tutore. La conseguenza è, che si debbano applicare le sanzioni ordinarie, colle quali è assicurato in generale l'adempimento delle obbligazioni tutte del tutore; cioè la responsabilità di lui pel risarcimento dei danni, e la facoltà, spettante al consiglio di famiglia, di rimuoverlo, secondo i casi, dall'ufficio, per infedeltà o trascuratezza. Quanto però al risarcimento de' danni, non sempre si risolverà esclusivamente nel pagamento degl'interessi legali sulle somme che avrebbero dovuto essere impiegate, secondochè stabiliva il codice Francese imitato da altri. Bisogna tener conto della importante differenza di sistema, in questa specialità, tra i predetti codici e il nostro. Quelli deferivano bensì al consiglio di famiglia di determinare la somma da cui dovesse cominciare pel tutore l'obbligo d'impiegare gli avanzi dei redditi; ma a ciò limitavano le attribuzioni di quel consiglio. Il modo dell'impiego era lasciato a libera determinazione del tutore; il tempo per eseguirlo era fissato con una disposizione generale dalla legge. Era quindi naturale che se il tutore, dopo accumulata la somma stabilita dal consiglio, avesse lasciato trascorrere il termine senza eseguire, nel modo ch'egli reputasse conveniente, l'impiego tutto si riducesse a dover egli pagare del proprio gl'interessi legali.

Per noi la cosa è diversa. Il consiglio di famiglia non stabilisce soltanto la somma, ma eziandio il tempo e il modo dell'impiego. Il tutore, che trasgredisca in qualunque parte la deliberazione del consiglio, incorre nella responsabilità pel risarcimento dei danni; ma questo risarcimento può assumere una diversa figura, secondo la specie della trasgressione che sia stata commessa. Tuttavia, siccome la fissazione della somma, da cui cominci l'obbligo dall'impiego, concorre a determinare il punto di decorrenza del termine entro il quale debba essere fatto; la differenza circa la responsabilità del tutore si riduce

quindi in ultimo tra i due casi in cui egli abbia disobbedito alla deliberazione del consiglio, o circa il modo, o circa il tempo dell'impiego.

Quanto al primo, è chiaro che la responsabilità del tutore può concretarsi in obbligazioni relative non solo agl'interessi delle somme di avanzo, ma alle somme stesse in principale. Data la deliberazione del consiglio, incombeva al tutore l'obbligazione legale di eseguirla fedelmente anche rispetto al modo dell'impiego. E se a tale obbligazione egli ha contravvenuto, facendo bensì l'impiego, ma in un modo diverso, deve tenersi responsabile d'ogni danno che ne sia stato la conseguenza immediata e diretta, e così anche della perdita delle somme stesse impiegate, per sopravvenuta insolvibilità di coloro presso cui fossero state investite, o per altra causa. Nè gli varrebbe allegare che il modo d'impiego da lui preferito fosse stato tale che qualunque avveduto e diligente padre di famiglia lo avrebbe prescelto. Non spettava a lui veruna facoltà di scelta, essendo tenuto ad adempiere rigorosamente ciò che il consiglio di famiglia gli aveva ingiunto. Coll'agire altrimenti si è sottoposto volontariamente a tutte le conseguenze; col mancare alla propria obbligazione ha assunto di risarcire tutti i danni che potessero derivarne, quando anche questi consistessero nella perdita delle somme stesse impiegate, e tale perdita fosse attribuibile ad un caso fortuito, di cui, ad ogni modo, egli dovea prevedere la possibilità. La responsabilità per le somme principali trarrebbe poi accessoriamente, in tali casi, quella pure degl'interessi relativi.

Evidentissimo è poi, che, anche indipendentemente dall'eventualità di perdita della sorte principale, l'avere il tutore impiegati gli avanzi delle rendite in modo diverso da quello che il consiglio di famiglia avesse stabilito, lo esporrebbe a dover pagare del proprio, a titolo di risarcimento dei danni, la differenza che esistesse tra gl'interessi derivanti dall'impiego realmente fatto, e quelli che

in maggior somma avrebbe prodotto il modo d'impiego determinato dal consiglio stesso.

Quanto al tempo dell'impiego, è indubitabile che qualora, raggiunta in fin dell'annata di amministrazione la somma prefissa dal consiglio di famiglia, il tutore abbia ancora lasciato trascorrere il termine stabilito dal consiglio medesimo per l'impiego, senza averlo eseguito, il ritardo nell'adempimento della sua obbligazione farà luogo a dover egli corrispondere per titolo di risarcimento di danni quegl'interessi che dall'impiego realizzato si sarebbero ottenuti. Senonchè, appunto per non essere dalla nostra legge lasciata libera al tutore la scelta della maniera d'impiego ch'egli reputi conveniente, ma essendogli invece imposto d'investire gli avanzi in quel modo che il consiglio di famiglia abbia determinato, è certo altrettanto che gli interessi da corrispondersi dal tutore non possono essere fissati nella costante misura legale, ma debbono corrispondere a quelli che si sarebbero ottenuti facendo l'impiego stabilito dal consiglio. Gl'interessi legali non darebbero indennizzazione sufficiente per la inesecuzione d'un impiego che avrebbe prodotto interessi superiori; ed al contrario costituirebbero in parte un lucro indebito pel minore, se l'impiego stabilito dal consiglio avrebbe dati interessi inferiori alla misura legale.

Fu proposto un quesito, che veramente è comune tanto al caso di cui trattiamo ora, che il tutore non abbia eseguite le deliberazioni del consiglio di famiglia circa l'impiego degli avanzi, quanto all'altro di cui ci occupammo precedentemente, che il tutore abbia omesso di provocare tali deliberazioni. Consiste esso nello stabilire, se gli interessi, che il tutore debba a titolo di risarcimento di danni per non avere adempite quelle sue obbligazioni, possano a loro volta produrre a carico del tutore nuovi interessi, capitalizzandosi e facendo così luogo in fine della tutela ad un conto scalare.

La risposta affermativa, che la dottrina dà a tale quesito,

è evidentemente fondata nei più incontestabili principii di questa materia (1). Gl'interessi, che si fossero ricavati dall'impiego dei risparmi annuali, il quale fosse stato eseguito dal tutore giusta la deliberazione ch'egli avrebbe dovuto provocare dal consiglio di famiglia, o, in mancanza, le somme corrispondenti, che il tutore stesso avrebbe dovuto versare nella cassa tutelare a titolo di risarcimento di danni, avrebbero costituito normalmente nuovi sopravanzi di redditi, che il tutore sarebbe stato tenuto di capitalizzare pure allo stesso modo e rendere fruttiferi. L'inadempimento di questa sua ulteriore obbligazione, darà dunque luogo parimente a carico di lui al risarcimento dei danni, e per questo titolo al rimborso di quegl'interessi che per sua colpa sono mancati. Ecco perchè e sotto quale aspetto il tutore può trovarsi aggravato d'interessi sugl'interessi; i quali, sovrapponendosi successivamente d'anno in anno nel corso della tutela, facciano poi luogo in fine di essa a dovere istituire un conto scalare. Ciò stesso però dimostra quanto questa specie d'indennizzazione annualmente ripetuta e moltiplicata, che per necessità di applicazione delle regole concernenti l'amministrazione tutelare incombe inevitabilmente al tutore, differisca da quell'*anatocismo*, che l'antico diritto proibiva in modo assoluto, e che il nuovo ha ammesso soltanto con certa misura e sotto determinate modificazioni (art. 1232 cod. civ.). L'anatocismo vero, ossia la capitalizzazione degli interessi stabilita allo scopo di rendere questi pure produttivi di nuovi interessi, che anche attualmente deve considerarsi in principio come illecito, salvo ciò ch'è ammesso espressamente dalla legge, suppone un debito unico e procedente da una sola causa, i cui interessi sian destinati ad essere alle rispettive scadenze capitalizzati per divenire a loro volta fruttiferi, ripetendosi poi altret-

(1) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 386, n. 3; Duranton, t. III, n. 564; Laurent, t. V, n. 34, pag. 39-40.

tanto per gl'interessi di questi nuovi capitali successivamente formatisi. Di tal guisa un solo debito può ingrossarsi smisuratamente nel corso degli anni, per l'accumulazione degl'interessi convertiti a ciascuna scadenza in aumento del capitale primitivo; ed è questa appunto la ragione dello sfavore della legge. All'opposto gl'interessi sugl'interessi, a cui il tutore può esser tenuto, non rappresentano veramente la capitalizzazione degl'interessi medesimi ma l'indennità che il tutore deve per non avere impiegato quegl'interessi che formavano rendite eccedenti le spese; nè costituiscono aumenti successivi di un capitale primitivo, ma raffigurano altrettanti debiti principali e distinti, ciascuno dei quali dipende dall'inadempimento, in cui è incorso il tutore, d'una sua obbligazione legale, non eseguendo per ciascun anno l'impiego di quelli che erano o dovevano essere sopravanzi di rendite.

Vero è che anche così può verificarsi un accumulamento di somme enorme e rovinoso pel tutore. E ciò che gli autori soglion rispondere, spettare, cioè, al tutore di stipulare egli stesso, in nome del suo amministrato, gl'interessi sugl'interessi dai terzi presso cui impieghi i risparmi dell'amministrazione, ed esigerli regolarmente, e convertirli in nuovi capitali fruttiferi, ciò veramente suppone eseguito l'impiego primitivo delle rendite risparmiate, nè scioglie la difficoltà della rovina a cui può esporsi il tutore se incautamente trascuri l'impiego dei sopravanzi, e in questa negligenza continui lungamente nel corso della tutela. Ma in fondo, il tutore non ha ragione di lamentare lesione alcuna pel pregiudizio, sia pur grave ed anche estremo, che subisca in causa di colpa sua; nè la giustizia comporterebbe che, per evitare a lui questo danno, si rendesse irreparabile quello che il minore soffre per la mancanza di attività le quali sarebbero effettivamente nel suo patrimonio se il tutore avesse compiuto il proprio dovere. Non si può nemmeno far paragone tra il creditore ordinario, al quale è vietato l'anatocismo, e il tutelato a cui

si riconosce il diritto di esigere dal tutore gl'interessi sugl'interessi dei sopravanzi di rendite non impiegati. Quel creditore capace può, volendo, curare la riscossione puntuale degl'interessi che gli sono dovuti alle rispettive scadenze; il tutelato incapace avrebbe irreparabilmente compromessi i proprii interessi, se giunto a capacità in fin di tutela non avesse diritto di richiedere al tutore il risarcimento completo di ciò che per colpa di lui trova in meno nel proprio patrimonio in confronto di quanto dovrebbe esservi.

Per le considerazioni che esponemmo non ci sembra rigorosamente esatta la proposizione dettata da uno degli autori sovra citati, che quanto agl'interessi sugl'interessi dovuti dal tutore per ineseguito impiego delle eccedenze dei redditi, " l'anatocismo è ammesso, ed ha luogo di " pien diritto in favore del minore " (1). E ciò notiamo, non tanto per semplice amore di esattezza nelle idee, il che però ha sempre importanza in teoria, quanto per qualche conseguenza pratica, che pure può derivarne.

Se si trattasse di vero anatocismo, che, come si afferma, fosse eccezionalmente ammesso, ed anzi avesse luogo per legge in favore del tutelato, gli effetti dovrebbero durarne finchè il debito del tutore non fosse estinto; poichè dalla natura del debito dipenderebbe appunto questa specialità della capitalizzazione degl'interessi, verificabile di pien diritto alla loro scadenza. Al contrario, trattandosi soltanto d'una forma d'indennizzazione dovuta dal tutore in conseguenza d'inadempimento degli obblighi che gl'incombono per l'ufficio suo, è troppo chiaro che ciò non può durare oltre al tempo d'esercizio della tutela. Finita questa si rientra quindi nelle condizioni ordinarie; tutto ciò che fino a quel giorno è dovuto dal tutore, non solo per sopravanzi che avrebbero dovuto essere impiegati, ma eziandio pei relativi interessi, e per gli ulteriori su questi, sarà

(1) V. Duranton, loc. cit.

capitalizzato; e sulla somma complessiva il tutore dovrà gl'interessi legali, decorribili *dal giorno della ultimazione del conto* (art. 308 cod. civ.). Ma una ulteriore accumulazione d'interessi sovra interessi non potrà aver luogo, neppure per l'intervallo tra il giorno in cui il minore abbia raggiunta la maggiore età, e quello del rendimento del conto (1).

Pel resto, tutto ciò che abbiam detto finora intorno alla responsabilità del tutore per inadempimento delle deliberazioni prese dal consiglio di famiglia intorno all'impiego dei sopravanzi sulle rendite del minore, presuppone sempre, naturalmente, che una colpa sia imputabile al tutore stesso; senza di che sarebbe impossibile una responsabilità sua.

Se, non ostante la diligenza da lui usata da buon padre di famiglia, non gli fosse riuscito di riscuotere quella parte di rendite che avrebbe costituito l'avanzo da impiegarsi; se circostanze fortuite o di forza maggiore gli avessero impedito di fare l'impiego, od almeno di eseguirlo nel tempo e nel modo dal consiglio di famiglia stabiliti, è ben certo che il tutore non potrebb'esser chiamato in verun modo responsabile del danno toccato al minore, e molto meno potrebb'esser caso di portare a suo carico gl'interessi degl'interessi.

208. I commentatori del codice francese erano concordi nel ritenere che gli articoli 455 e 456, risguardanti all'impiego delle rendite eccedenti le spese annue del minore, fossero applicabili per analogia anche all'impiego dei capitali, sia che si trattasse di somme trovate nel patrimonio del minore al tempo dell'apertura della tutela, o del denaro ritratto dalla vendita dei mobili, o di somme o capitali facienti parte di successioni devolute a favor del minore, o di legati o donazioni fattegli durante la tutela stessa, o di rimborso di crediti, o di riscatto di rendite che

(1) V. Chardon, loc. cit.

nel medesimo periodo di tempo avvenisse, o di debiti del tutore verso l'amministrato, i quali fossero divenuti esigibili (1). E simile opinione fu pure seguìta da qualche scrittore nostro, per quanto specialmente riguarda il tempo entro cui l'impiego o il reimpiego debba essere fatto, reputandosi applicabile in proposito il termine di tre mesi, stabilito nel § 2 dell'art. 291, e dicendosi che " se non " la lettera, lo spirito evidentissimo della legge conduca a " tale risoluzione, perchè se corre l'obbligo sovraccennato " al tutore per i redditi sopravanzati, tantopiù si debba ciò " dire per i capitali che esige „ (2).

Ci sembra però che anche qui torni necessario richiamare l'avvertenza della notevole diversità che esiste nei sistemi adottati dal codice francese e dal nostro. In quello il consiglio di famiglia non aveva altra incombenza che di determinare la somma da cui dovesse cominciare pel tutore l'obbligo d'impiegare la eccedenza dei redditi sulla spesa: il modo dell'impiego era lasciato al tutore; il tempo era stabilito dalla legge stessa nel termine fisso di sei mesi. Si capiva quindi che la disposizione di legge, recante questo termine, si potesse estendere per analogia anche all'impiego dei capitali; mentre poteva dar luogo a dubbi maggiori, ed era infatti controverso, se la somma fissata dal consiglio per l'impiego delle rendite potesse comprendere anche i capitali. Ma nel codice nostro la determinazione sì della somma, da cui cominci l'obbligo dell'impiego, che del tempo e del modo di esso, tutto è deferito al consiglio di famiglia. E se fosse necessario di ricorrere ad argomenti di analogia, non sarebbe certamente, a veder nostro, da applicarsi la sola disposizione del § 2, che suppone inadempita dal tutore una obbligazione impostagli nel paragrafo precedente, ma tutto intero l'articolo 291

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 361, obs. I; Marcadé, art. 454-456, § II, t. II, n. 257; Demolombe, t. VII, n. 618, 619; Aubry et Rau, t. I, § 112, n. 40; Laurent, t. V, n. 32, 33, pag. 36 e seguenti.

(2) V. Buniva, vol. II, pag. 267.

dovrebbesi osservare eziandio per l'impiego dei capitali. Dal che seguirebbe, che anche per tale oggetto spettasse al consiglio di famiglia di determinare se, avuto riguardo alla somma del capitale disponibile, dovesse o no il tutore essere obbligato ad impiegarlo, e in qual modo ed entro qual tempo; e qualora poi il tutore omettesse di provocare le deliberazioni del consiglio su questi oggetti, diverrebbe responsabile, alla scadenza di tre mesi, degli interessi sul capitale non impiegato.

Senonchè pare a noi che non possa esser caso di applicare per analogia il detto art. 291, dacchè a simile mezzo non è da ricorrere, se non in mancanza di apposite disposizioni di legge, che regolino la materia controversa (art. 3, § 2, disposiz. prelim.): e qui tali disposizioni non mancano. Vi è l'art. 287, che regola l'impiego dei valori trovati nel patrimonio del minore all'aprirsi della tutela; vi è l'articolo 296, che pone l'impiego dei capitali fra gli atti pei quali è necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Da questo dovrà pertanto indubbiamente essere determinato *il modo dell'impiego*. Ma non può essere caso di stabilire, secondo l'art. 291, la *somma da cui cominci l'obbligo d'impiegare;* poichè tale obbligo è insito naturalmente a tutte le sostanze capitali, senza limitazione di somma, dovendo esse tutte essere conservate e rese fruttifere, non adoperate, normalmente almeno, come le rendite, nelle spese annuali. Ciò s'intende, salve le eccezioni che il consiglio di famiglia reputasse necessarie od opportune; occorrendo però allora una espressa deliberazione per autorizzare il tutore a non impiegare. Nè può essere caso di determinare *il tempo entro cui l'impiego debba essere fatto*, essendo di natura e destinazione dei capitali che debbano senza interruzione rimanere investiti per produrre frutti. Molto meno quindi potrebbe il tutore, che avesse omesso di provocare intorno all'impiego dei capitali le deliberazioni del consiglio di famiglia, godere del termine di tre mesi, stabilito per l'impiego delle rendite dal § 2

di detto art. 291. Sarebbe troppo evidentemente contrario allo spirito della legge, che capitali, i quali potrebbero anche essere ingenti, rimanessero per tre mesi giacenti e in piena balìa del tutore, mentre per valori generalmente meno importanti, si è disposto nell'art. 287, che debbano tosto essere depositati in una cassa pubblica e rimanervi sino a che il consiglio di famiglia non abbia altrimenti deliberato.

È dovere del tutore di curare la riscossione dei capitali del minore alla rispettiva scadenza, tanto più se si tratti di crediti infruttiferi, o produttivi d'interessi in una ragione inferiore all'ordinaria, e di eseguire poi il reimpiego conformandosi in tutto ciò alle deliberazioni che dovrà aver promosso in tempo opportuno dal consiglio di famiglia. L'inadempimento delle quali obbligazioni lo sottoporrebbe a responsabilità, secondo le norme comuni; sì pel risarcimento d'ogni danno, che dalle sue colpevoli omissioni potesse essere derivato, come per la sua rimozione dall'ufficio, che il consiglio potrebbe, secondo i casi, ordinare, qualora riconoscesse il tutore colpevole d'infedeltà, o di trascuratezza abbastanza grave. E a titolo di risarcimento di danni potrebbe il tutore esser tenuto, non solo per la conservazione del capitale, ma ancora per gl'interessi che dal reimpiego del capitale stesso sarebbersi dovuti ricavare, ed anco degl'interessi sugl'interessi, secondo le norme che già sopra abbiamo esposte.

Tutto ciò, ben s'intende, supposto sempre che colpa almeno vi sia stata da parte del tutore; chè se il non aver egli provocate ed ottenute in tempo opportuno le deliberazioni del consiglio di famiglia, il non aver eseguito la riscossione e il reimpiego dei capitali fosse attribuibile a cause indipendenti da lui, nessuna responsabilità potrebbe incombergli.

B.

Degli obblighi e dei poteri del tutore in ordine all'amministrazione dei beni durante il corso della tutela.

Sommario. — 209. Principii direttivi adottati dal codice italiano in questo argomento. — 210. Se la enumerazione, fatta nel codice, degli atti pei quali il tutore ha bisogno di essere autorizzato, debba considerarsi come tassativa, o semplicemente dimostrativa. — 211. Partizione della materia.

209. Nel determinare le facoltà del tutore nell'esercizio dell'amministrazione dei beni del minorenne, il legislatore dovette proporsi di evitare ad un tempo ogni difetto ed ogni eccesso di formalità protettrici; affinchè nè gli interessi del tutelato fossero abbandonati all'arbitrio, alla insipienza, alla trascuratezza, o talora anche alla mala fede, senzachè fosse pronta a guarentirli efficacemente la vigilanza della legge concretata appunto in forme speciali di protezione; nè il soverchio delle precauzioni riuscisse d'imbarazzo all'amministrazione e la rendesse troppo costosa producendo così effetti contrari ai fini che si vogliono conseguire. Soprattutto però doveva essere dominante quel principio fondamentale, che vedemmo essere stato assunto dal legislatore italiano: *di limitare, cioè, le attribuzioni del tutore, estendendo la vigilanza e l'azione del consiglio di famiglia, acciocchè, diminuite per quanto fosse possibile le occasioni a quello di rimanere in debito, fossero ugualmente assicurati gl'interessi dell'amministrato, senza il bisogno di imporre al tutore medesimo un vincolo eccessivo di cauzione* (1).

All'uopo di stabilire un limite che separasse nettamente gli atti da ritenersi in potere affatto libero e indipendente del tutore, da quelli pei quali invece si avesse ad esigere l'adempimento di certe forme abilitanti, sarebbesi prestata ovvia ed opportuna la distinzione tra gli atti di semplice

(1) V. sopra, n. 165, pag. 748.

amministrazione ordinaria e quelli che la eccedono e contengono disposizione dei beni. I primi essendo necessari e comuni a qualunque amministrazione, rinnovandosi inevitabilmente a certi brevi periodi di tempo, e non potendo d'altronde pregiudicar mai alla sostanza capitale del patrimonio, era giusto e conforme ai fini della tutela che si lasciasse per essi la più ampia libertà di azione al tutore. Dei secondi invece non essendovi uguale necessità, nè pari frequenza, facendosi luogo ad apprezzamenti sulla loro opportunità ed utilità, e dal farli o dall'ometterli, o dal compierli in uno piuttostochè in altro modo potendo derivare diminuzioni talvolta gravi della sostanza patrimoniale, era ragionevole e cauto, a riguardo di essi, il sottoporre l'azione del tutore al vincolo di certe formalità più o meno complicate e rigorose, secondo la relativa importanza degli atti medesimi.

Nondimeno il legislatore nostro non si attenne strettamente all'accennata distinzione, se anche la ebbe in mente come guida generale nelle sue disposizioni. E in vero per alcuni atti, che pure, secondo la natura loro, starebbero nei limiti dell'amministrazione ordinaria, quali sarebbero la riscossione dei capitali e l'impiego di essi, prescrisse tuttavia le stesse forme abilitanti che richiese per gli atti di disposizione. Nemmeno vedesi scritta nel codice la massima generale che il tutore possa, salve quelle eccezioni, fare liberamente gli atti di amministrazione semplice; nè l'altra, che quelli che la eccedano debbano tutti andar soggetti a speciali forme abilitanti. Bensì troviamo nell'art. 296 una enumerazione specificata degli atti che il tutore non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia; e nell'art. 301 l'indicazione del pari particolareggiata di quelli tra i detti atti, rispetto a cui le deliberazioni del consiglio di famiglia devono essere sottoposte all'omologazione del Tribunale; senzachè nel primo dei citati articoli neppur siavi quell'aggiunta, che notammo già nel secondo paragrafo dell'art. 224, dove

alla enumerazione degli atti che il genitore esercente la patria potestà non può compiere senza l'autorizzazione del Tribunale, si è fatta seguire la indicazione generica di tutti gli altri *eccedenti i limiti della semplice amministrazione.* Quali conseguenze possano derivarsi da ciò, lo vedremo fra poco. Basti ora l'aver rilevato il tenore preciso del dispositivo del codice; da cui risulta intanto, che degli atti occorribili nell'amministrazione tutelare, alcuni soltanto essendo soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia, e per una parte sola di questi richiedendosi inoltre la omologazione del Tribunale, ne abbiamo dunque tre categorie distinte, cioè:

1° degli atti che il tutore può fare per mandato di legge, senza bisogno di adempiere alcuna formalità abilitante;

2° di quelli, pei quali è necessaria, ma sufficiente, l'autorizzazione del consiglio di famiglia;

3° di quelli, pei quali la deliberazione approvante del consiglio dev'essere inoltre omologata dal Tribunale.

Oltre a ciò, non potevasi prescindere dal fare al tutore una proibizione assoluta per certi atti, i quali, sorpassando i limiti di qualunque mandato anche il più esteso, di qualunque amministrazione anche la più libera, evidentemente non potevano essere compresi nell'esercizio della tutela, non essendo questa in fine che un mandato legale, un potere di amministrazione; o per certi altri che, esercitati, porrebbero il tutore in conflitto tra i doveri dell'ufficio e l'interesse proprio, e produrrebbero così a danno del minore un grave pericolo di abuso di quel potere, che per protezione di lui la legge ha confidato al tutore stesso. Quindi una categoria quarta degli atti che sono affatto vietati al tutore.

210. In altro luogo abbiamo avuto occasione di accennare e svolgere in parte la grave questione che si agita intorno alla estensione dei poteri del tutore nel

governo dei beni del minorenne; reputando alcuni che il tutore possa, senz'uopo di alcuna forma abilitante, compiere in rappresentanza dell'amministrato qualunque atto, anche di disposizione dei beni, pel quale la legge non gli abbia espressamente imposto di dover riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia od inoltre l'omologazione del Tribunale; mentre opinano altri che i poteri del tutore siano liberi solo in riguardo agli atti di amministrazione semplice, ed a tutti quelli che la eccedano debbano invece applicarsi per analogia le stesse norme stabilite dalla legge per gli atti di disposizione ch'essa ha espressamente contemplati. E ci parve che nè l'una nè l'altra di queste massime sia da adottarsi in senso così generale ed assoluto; ma la risoluzione della questione debba per noi dipendere unicamente dallo stabilire se le disposizioni degli articoli 296 e 301 del nostro codice, contenenti la enumerazione degli atti del tutore pei quali richiedesi l'adempimento di certe forme abilitanti, siano da considerarsi come tassative o come semplicemente dimostrative; nella quale ultima ipotesi, il decidere se determinati atti, non espressamente compresi in quelle disposizioni, dovessero tuttavia reputarsi soggetti alla loro applicazione, dipenderebbe dal determinare se con qualcuno degli atti ivi contemplati avessero bastante somiglianza per giustificare l'argomentazione di analogia (1).

A questo proposito ci occorre di richiamare il principio elementare, secondo cui la enumerazione che una legge faccia dei casi a cui vuol essere applicata, non deve aversi per *tassativa*, se non quando la legge stessa dichiari espressamente escluso dalla sua applicazione ogni altro caso che non sia tra quelli da essa indicati, o sia una disposizione di eccezione, od i motivi di essa siano veramente limitati ai soli casi espressi (2).

(1) V. sopra, n. 166, pag. 750, 758.
(2) V. vol. I, n. 136, pag. 988.

Ora, se guardiamo al testo, non vi troviamo parole che manifestino questo carattere restrittivo nelle disposizioni del legislatore. Tanto nell'art. 296, che nel 301, vediamo una semplice enumerazione proibitiva di atti che il tutore non può fare senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, o senza che le deliberazioni di questo siano inoltre omologate dal Tribunale. Ma, non che esservi espresso che per tutti gli altri atti della tutela possa il tutore procedere liberamente, senza bisogno di forme abilitanti, neppur vi è il minimo accenno ad un intendimento esclusivo in quella enumerazione, neppure una parola vi si legge la quale faccia supporre essersi inteso che i casi ivi indicati siano assolutamente i soli, in cui l'adempimento di quelle forme sia indispensabile. Il legislatore ha fatto una precisa disposizione per gli atti che ha contemplati. Per gli altri che potessero verificarsi, nei quali pur vi fosse identità di ragione per assoggettarli alle medesime formalità, se non vi è dichiarazione espressa che le richieda, neppur ve n'è alcuna che le escluda. Per questi casi siamo dunque nella condizione di mancare d'una precisa disposizione di legge, per decidere se il tutore sia libero nell'agire, o soggetto all'autorizzazione del consiglio di famiglia; vale a dire, che ci troviamo appunto, per quanto riguarda al testo, in quello stato che fa luogo, secondo la massima espressa nell'articolo 3, § 2, delle disposizioni preliminari, a rendersi applicabile l'argomento di analogia.

Diremo forse, che se l'argomentazione di analogia non è esclusa dal testo, lo sia dal carattere stesso delle disposizioni contenute in questi articoli 296 e 301, essendo esse *di eccezione?* In questo rapporto non crediamo ammissibile una perfetta parità d'idee rispetto ad amendue gli articoli ora ricordati. Quanto al 301, non si può disconoscervi il carattere vero e completo d'una eccezione, derogando esso al principio fondamentale, secondo cui le deliberazioni del consiglio di famiglia hanno generalmente in sè stesse la

virtù necessaria per essere eseguibili, senza bisogno di altre formalità: ond'è che la disposizione di quell'articolo, indicante i casi in cui determinate deliberazioni del consiglio hanno ad essere sottoposte alla omologazione del Tribunale, deve inevitabilmente considerarsi come tassativa e non estendibile per analogia (1).

Quanto poi all'altro articolo 296, non può negarsi la impressione che fa la lunga e singolarizzata descrizione ivi contenuta di ciascuno degli atti che la legge proibisce al tutore, se non sia autorizzato dal consiglio di famiglia, senzachè a tale indicazione specifica si vegga neppure aggiunto quell'accenno generico, che pure abbiam trovato nell'articolo 224, degli altri *atti eccedenti i limiti della semplice amministrazione*. Tutto ciò non suggerisce forse come affatto naturale l'idea che il legislatore abbia inteso di determinare esso con una disposizione rigorosa quei soli atti del tutore pei quali si richieda l'autorizzazione del consiglio? E tale proposito del legislatore non è d'altronde giustificato dallo scopo di soffocare il germe d'ogni questione in una materia che interessa direttamente anche i terzi contraenti?

Da quella osservazione e da quel confronto dobbiamo senza dubbio trarre intanto una conseguenza importante, ed è questa: che l'autorizzazione del consiglio non possa reputarsi indispensabile per tutti indistintamente gli atti che eccedano la semplice amministrazione ordinaria. A qual pro servirebbe, altrimenti, la cura avuta dal legislatore di prevedere e menzionare una sì lunga serie di atti, se anche fuori di tale enumerazione tutti quelli che eccedessero l'amministrazione ordinaria dovessero andar soggetti ad identica formalità? Tanto sarebbe valso allora limitarsi a dichiarare la massima generale. E forse in diritto costituendo potrebbe ancora sembrare più semplice e più provvido per l'interesse del minore l'adottare un

(1) V. sopra, n. 75, pag. 283, 286.

tale sistema. Ma a fronte del testo non pare ammissibile la supposizione che il legislatore, volendo assoggettare all'autorità del consiglio famigliare tutti in generale gli atti eccedenti l'amministrazione semplice, sia disceso ad una specificazione enormemente sovrabbondante, se presa sotto il solo aspetto d'una esemplificazione, inevitabilmente imperfetta se fatta colla pretensione di enumerare tutti gli atti di disposizione.

Vero è ancora apparire a primo aspetto incoerente, che ad un tutore possa esser lecito di compiere liberamente qualche atto eccedente l'amministrazione ordinaria, mentre nessuno ne sarebbe permesso al genitore esercente la patria potestà, senzachè avesse riportata l'autorizzazione del Tribunale civile, dimostrando la necessità od almeno la evidente utilità di quell'atto. Ma ciò, fino a certo punto, si spiega per gli altri vincoli e garanzie che si hanno nella tutela ordinaria, e mancano nell'amministrazione di chi esercita la patria potestà.

Il tutore ha al fianco un protutore, ed è soggetto al consiglio di famiglia, vigilanti sempre sulla sua gestione; la quale, se sia infedelmente o negligentemente trattata, può far luogo a rimuoverlo. Inoltre i tutori, eccettuato l'avo paterno e il materno, sono tenuti a dare cauzione. Non è strano adunque che per qualche atto meno importante, che sta da presso alla semplice amministrazione ordinaria, sebbene non rientri strettamente nei limiti di essa, si lasci il tutore libero da ogni formalità speciale di autorizzazione, mentre nell'amministrazione paterna, per la quale si ammette nel suo esercizio generale una perfetta indipendenza, e in cui difettano le garanzie materiali che si hanno nella tutela, siasi riconosciuta necessaria a rincontro una maggiore cautela per tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione, assoggettandoli indistintamente all'autorizzazione del Tribunale. Fin qui dunque, fino a ritenere che la disposizione dell'art. 296 sia limitativa nel senso di non richiedere l'autorizzazione del consiglio

di famiglia per qualunque atto che sorpassi i limiti dell'amministrazione ordinaria, ma solo per quelli che secondo la enumerazione contenuta in detto articolo abbiano quella speciale importanza che il legislatore ha dimostrato di avere avuto in contemplazione, reputiamo potervisi e dovervisi arrivare. Altro è però lo spingersi anche più oltre,. riguardando quella disposizione come tanto rigorosamente tassativa, da escluderne assolutamente l'applicabilità per analogia ad altri atti, i cui caratteri giuridici siano identici, la cui importanza sia pari a quella degli atti espressamente previsti, solo perchè non siano compresi nelle parole testuali della legge. Certo, il legislatore volle determinare egli stesso quali fossero particolarmente gli atti, che reputava abbastanza importanti per assoggettarli all'autorità del consiglio di famiglia; ma se altri, che sfuggirebbero all'espressione della legge, hanno identica indole giuridica, uguali effetti, pari gravità di quelli espressamente previsti, con lo escluderli non si seconderebbe, ma si contrarierebbe manifestamente la volontà del legislatore. Certo, egli ha inteso, colla sua disposizione così particolareggiata, ad evitare questioni per rispetto anche all'interesse dei terzi contraenti; ma se in casi, nei quali vi fosse evidente identità di motivi per richiedere l'autorizzazione del consiglio, se ne avesse a prescindere, si sacrificherebbe all'interesse dei terzi contraenti quello del minore, la cui protezione costituisce il principale scopo della legge in questa materia.

Non possiamo negare che la disposizione dell'art. 296 contenga veramente un carattere di eccezione, inquantochè, come già più volte avemmo occasione di notare, i poteri conferiti al tutore per la rappresentanza del minore in tutti gli atti civili e per l'amministrazione dei beni di lui, sono generalmente pieni e liberi; costituendo altrettante limitazioni a quest'ampiezza di facoltà quelle disposizioni particolari, colle quali la legge ha assoggettato il tutore per determinati atti all'adempimento di certe forme abilitanti.

Ed è questa, lo riconosciamo, una grave obbiezione al sistema di far luogo ad argomenti di analogia nell'applicare la rammentata disposizione. Nondimeno, è notevole come l'accennato carattere limitativo vi si riscontri soltanto sotto un aspetto parziale. È forse da riguardarsi come una eccezione il volersi dalla legge l'ingerenza del consiglio di famiglia nei più gravi affari della tutela, in quelli che possano compromettere la sostanza stessa capitale dell'amministrato? Tutt'altro; poichè anzi l'ufficio del consiglio di famiglia entra a far parte dell'organismo normale della tutela, è un potere destinato a concorrere colla vigilanza e colla direzione suprema al buon governo del patrimonio tutelare; e l'azione sua tanto più si allontana da ogni idea di eccezionalità in una legislazione come la nostra, che si propose di estendere le attribuzioni di quel collegio famigliare per attenuare la responsabilità del tutore. La limitazione non può dunque scorgersi fuorchè in ordine alle attribuzioni del tutore stesso, le quali, generalmente indipendenti e libere, non possono venire ristrette se non in virtù della disposizione della legge. Ed ancora una tale limitazione non colpisce veramente quelle attribuzioni in sè stesse, ma solo il loro esercizio, che può essere vincolato all'adempimento di certe formalità di precauzione, senzachè perciò il principio generale della rappresentanza ed amministrazione, spettante al tutore pel minorenne, possa dirsi derogato, ma piuttosto trovandosi anzi quel principio completato col regolarne l'applicazione e circondarla delle guarentigie necessarie.

Ridotto così ai suoi veri limiti il carattere eccezionale di questa disposizione dell'art. 296, ci sembra giustificato lo scostarsi da quel rigore assoluto, pel quale l'autorizzazione del consiglio di famiglia non avrebbe a reputarsi necessaria fuorchè strettamente nei soli casi letteralmente previsti nel detto articolo. Certamente, esso arreca una eccezione, limitando l'esercizio dei poteri che la legge attribuisce al tutore; e una tale limitazione non può provenire

che dalla legge stessa. A tale principio si contravverrebbe evidentemente, se non ostante la enumerazione specifica di atti singoli, fatta nell'art. 296, si ritenesse indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia per tutti indistintamente gli atti eccedenti la semplice amministrazione ordinaria. Vi si contravverrebbe ancora, se si volesse estendere la disposizione del ridetto articolo ad altre categorie di atti, diverse da quelle che vi furono espressamente contemplate, sotto il pretesto che vi fosse la stessa, od anche una maggiore ragione di non lasciar libero il tutore, di assoggettarlo all'autorizzazione del consiglio di famiglia. Con ciò l'interprete si sostituirebbe al legislatore. Ma qualora qualche atto particolare s'incontri, che con alcuno di quelli letteralmente previsti nell'art. 296 presenti strettissima analogia di caratteri, di effetti giuridici e d'importanza, coll'ammettere tuttavia che il tutore potesse procedervi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia ci parrebbe sagrificato alle parole lo spirito della legge, ci parrebbe esagerato l'omaggio reso al principio che le leggi di eccezione non possano estendersi oltre i casi in esse espressi.

Dopo le cose fin qui dette crediamo superfluo il dimostrare che l'art. 296 non debba neppure considerarsi come assolutamente tassativo per ragione dei motivi da cui fu inspirato. È troppo chiaro, ci sembra, che poichè questi motivi consistono nel guarentire gl'interessi del minore nei più gravi affari della gestione patrimoniale, e nel medesimo tempo diminuire la responsabilità del tutore, facendo concorrere in tali affari quel potere a cui nella organizzazione normale della tutela se ne volle affidata la direzione suprema; e poichè, d'altra parte, non è supponibile che in una enumerazione particolareggiata di casi singoli il legislatore abbia potuto prevedere ed indicare tutti veramente quelli che abbiano pari gravità, pari importanza; è dunque assurdo il pensare che ai soli casi espressi possano assolutamente dirsi ristretti i motivi della legge.

Ecco dunque le conclusioni a cui giungeremmo in questa importante e fondamentale questione.

La disposizione dell'art. 301 è rigorosamente tassativa; sicchè, fuori dei casi ivi letteralmente previsti, non può esservene altro in cui le deliberazioni del consiglio di famiglia, autorizzanti atti di gestione del tutore, debbano essere sottoposte alla omologazione del Tribunale. Quella invece dell'art. 296 può essere applicabile per analogia ad atti particolari, che coll'uno o coll'altro di quelli annoverati in detto articolo presentino identità di caratteri e di effetti giuridici, pari gravità di conseguenze. Per altri atti, sebbene eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, non può reputarsi necessaria l'autorizzazione del consiglio.

Stabiliti così i principii, non rimarrà che di farne applicazione agli atti particolari, che possano presentare con quelli previsti nell'art. 296 una sufficiente analogia; e di ciò, naturalmente, non può esservi opportunità di trattare, se non esaminando singolarmente ciascuno di quei casi nel commento di detto articolo, del quale ci occuperemo più oltre.

211. In principio di questa trattazione avvertimmo come gli atti relativi all'amministrazione tutelare debbano, secondo la legge nostra, ripartirsi in quattro distinte categorie: secondochè siano in libera facoltà del tutore, senza bisogno d'alcuna formalità abilitante; o non possa egli procedervi, se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia; o la deliberazione autorizzante di questo debba inoltre essere omologata dal Tribunale; o in fine si tratti di atti che al tutore siano assolutamente vietati.

Tutto ciò, per altro, riferivasi propriamente agli atti estragiudiziali di amministrazione. Il nostro legislatore ebbe cura eziandio di regolare, con apposite disposizioni, l'esercizio dei poteri del tutore in rapporto alla rappresentanza che gli spetta di assumere pel tutelato in giudizio, dichiarando in quali casi possa esercitarsi tale rappresentanza indipen-

dentemente da qualunque speciale abilitazione, e per quali richiedasi invece l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma a queste due sole categorie restringesi la distinzione da farsi tra gli atti giudiziali. Rimangono escluse per essi le altre due, che notammo negli atti estragiudiziali. Non vi è caso in cui il tutore, autorizzato dal consiglio di famiglia ad agire in giudizio pel minorenne, debba inoltre sottoporre quella deliberazione del consiglio alla omologazione del Tribunale. E in vero sarebbe mancata la ragione di esigere l'adempimento di questa ulteriore formalità abilitante, riserbata dalla legge pei soli casi più gravi, in cui potessero essere compromessi i più importanti interessi del minore; chè se coll'agire in giudizio il tutore può esporre ai pericoli, inerenti pur troppo ad una lite, negozi talora rilevantissimi dell'amministrato, l'intervento della giustizia gli offre di per sè una sufficiente guarentigia, quando d'altronde la convenienza dello stare in giudizio fu apprezzata con deliberazione favorevole dal consiglio famigliare. Oltre di che eravi da evitare l'inconveniente che il medesimo Tribunale, competente nel giudizio da promuoversi, potesse esser chiamato, per ragione della sede del consiglio di famiglia, ad occuparsi preventivamente della causa, per pronunciare sulla chiesta omologazione del deliberamento, con cui il consiglio avesse autorizzata l'introduzione del giudizio stesso.

Neppur vi sono atti giudiziali, la cui effettuazione debba reputarsi impossibile durante la tutela, o per la stessa natura loro, siccome avviene, nell'ordine degli atti estragiudiziali, per quelli di liberalità, o per conflitto tra l'interesse del tutore e quello del minorenne. Non è ammissibile che questi, per lo stato di sua incapacità, si trovi precluso l'adito a veruno dei mezzi che a tutti sono concessi per ottenere giustizia. Questi mezzi debbono sempre essere attuabili in nome di lui da chi legittimamente lo rappresenti. E se tale rappresentanza non possa, per opposizione d'interessi, essere esercitata dal tutore, vi subentra, a norma di legge, il protutore.

Seguendo l'accennato ordine d'idee, tratteremo separatamente degli atti giudiziali e degli estragiudiziali, distinguendo in ciascuno di questi ordini le categorie rispettivamente segnalate sopra.

I.

Degli atti giudiziali.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 212. Principii fondamentali stabiliti dal codice intorno a questo argomento. — 213. Norme generali per l'applicazione dei principii predetti.

212. Teoricamente, la rappresentanza del minorenne, attribuita al tutore per tutti generalmente gli atti civili, dovrebbe produrre la conseguenza che anche negli atti giudiziali, di qualunque natura si fossero, e tanto se riguardassero la persona stessa del minore che i beni di lui, fosse sempre il tutore solo, eccetto il caso di opposizione d'interessi, che avesse qualità per agire in nome del minore medesimo, o per difenderlo contro le azioni altrui; e tale ufficio potesse e dovesse egli esercitare sotto la propria responsabilità personale, indipendentemente da qualunque formalità abilitante, da qualunque autorizzazione (1).

Se però la prima parte di questa massima è esattamente ed illimitatamente osservata anche in diritto positivo, sicchè, eccettuati i casi previsti nell'art. 266 codice civile, è sempre il tutore che, per la natura stessa della missione affidatagli, esercita da solo, e sotto la sua responsabilità, ogni diritto od azione del minore, sia introducendo per lui le istanze in giudizio, sia difendendolo da quelle che altri intenti contro di lui, sia promuovendo, in via di esecuzione forzata, la realizzazione dei diritti che gli competano (2); nell'altra parte però, concernente l'esercizio di

(1) V. sopra, n. 153, pag. 714 e segg.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 114.

quelle ragioni del minorenne per opera del tutore quale suo rappresentante, non sempre esso fu lasciato così indipendente e libero, ma il legislatore reputò necessario di assoggettarlo per certi casi al previo adempimento della condizione abilitante, che consiste nel riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia. E veramente, se per alcuni atti od azioni giudiziali, risguardanti oggetti compresi nei limiti della semplice amministrazione ordinaria, era di natura delle cose che l'opera del tutore non dovesse essere inceppata da vincolo alcuno; se per altri, anche eccedenti l'amministrazione ordinaria, poteva senza pericolo lasciarsi al tutore piena libertà, non essendone in ogni peggiore evento temibili che danni modici e facilmente risarcibili a carico del tutore, la cui condotta fosse stata colpevole od imprudente; era però facile prevederne altri ancora, nei quali, per poca circospezione, o, peggio, per collusione d'un tutore, potessero trovarsi irreparabilmente compromessi gravissimi capitali interessi del minorenne, senza che la responsabilità personale e la cauzione del tutore valessero ad assicurare il risarcimento di così enormi danni; ed allora era giusto ed ovvio il dover richiedere, a garanzia del tutelato, l'intervento del consiglio di famiglia, che giudicasse della opportunità, o no, di procedere a quegli atti, d'intentare quelle azioni.

A tale proposito però il legislatore italiano non seguì, se non con qualche notevole modificazione, l'esempio che gli era dato da alcuni dei codici anteriori. Il Francese ed altri dopo avevano stabilita una duplice distinzione: tra la promozione di azioni in giudizio a nome del minore, e la semplice difesa da quelle che altri avessero intentate contro di lui; tra le azioni che si esercitassero nell'interesse del minore per diritti reali relativi a beni immobili, e quelle che avessero un oggetto semplicemente mobiliare. Dichiaravasi necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, affinchè il tutore potesse *intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili* (cod. Francese,

art. 467; cod. Due Sicilie, art. 387; cod. Albertino, art. 341); e dottrina e giurisprudenza erano concordi nel dedurre da questa disposizione che per contrario il tutore potesse da solo, senz'autorizzazione del consiglio, presentarsi in giudizio a difendere il minore contro qualunque azione altrui, ancorchè immobiliare, e potesse del pari promuovere liberamente le azioni giudiziali che avessero per oggetto beni o diritti mobiliari.

Se però, in diritto costituito, non era contestata la predetta interpretazione della legge, non mancava contro di questa qualche censura. Perchè, dicevasi, non esigere l'autorizzazione del consiglio anche per abilitare il tutore a difendere il minorenne contro le istanze altrui? Se ne adduce per motivo, che il difendersi sia una necessità, sicchè l'autorizzazione del consiglio diverrebbe inutile; ma è un concetto erroneo. Non vi è sempre la necessità di difendersi; talvolta anzi la giustizia può esigere, l'interesse medesimo del minore può consigliare, per evitare spese inutili ed eventuale risarcibilità di danni, di acquietarci piuttosto senza contesa alle domande dell'attore che siano manifestamente ben fondate; di qui dunque la identità di motivi per richiedere l'intervento del consiglio di famiglia onde autorizzare la difesa non meno che l'attacco (1). Perchè, poi, prescrivere l'autorizzazione del consiglio di famiglia solo per promuovere le azioni immobiliari, e non le mobiliari? Questo non è che l'eco di quell'antica tradizione per la quale reputavasi meno degna della protezione della legge la fortuna mobiliare, che pure nei tempi odierni ha assunta una così evidente preponderanza (2).

Il codice italiano ha fatta ragione a quest'ultimo riflesso, dichiarando necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, affinchè il tutore possa *promuovere azioni in giudizio*, senza più distinguere se esse siano relative a diritti

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 711; Laurent, t. V, n. 66, pag. 77; n. 81, pag. 81.
(2) V. Laurent, loc. cit.

del minore sovra beni immobili, o mobili; ma nel medesimo tempo mantenne l'altra distinzione, tra i casi in cui il minore abbia da essere rappresentato in giudizio nella qualità di attore o di convenuto, richiedendo nel primo caso, e non nel secondo, l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Tutto ciò risulta infatti chiaramente dal testo dell'articolo 296; nella prima parte del quale si annovera tra gli atti, che il tutore non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, il *provocare giudizialmente le divisioni;* e nella seconda parte si soggiunge poi, con una disposizione generale, che il tutore " non può parimente, senza " la detta autorizzazione..... *promuovere azioni in giudizio,* " se non quando si tratta di azioni possessorie, o di " questioni relative al conseguimento delle rendite, salvi " i casi di urgenza ".

Parlando di *azioni*, in genere, si è manifestamente esclusa qualunque distinzione che si volesse fare tra esse, per ragione della diversa natura dei beni che ne formassero oggetto. E veramente l'essere in controversia diritti mobiliari, anzichè immobiliari, scema per ciò solo l'importanza dell'azione, sicchè per guarentire l'interesse del minore occorrano minori cautele? L'imprudenza, se non altro, del tutore, che introducesse inopportunamente un giudizio relativo a diritti mobiliari, non potrebbe ugualmente compromettere gravi interessi del minore, or che tanti patrimoni sono costituiti in gran parte, e talora esclusivamente da valori mobiliari? O diritti mobiliari, che valgano cento mila lire, si reputeranno meno importanti d'uno stabile che ne valga mille?

Parlando poi di azioni che siano da *promuovere* in giudizio, e per esse sole esigendo l'autorizzazione del consiglio di famiglia, si è venuto ad ammettere con altrettanta evidenza che all'opposto, trattandosi semplicemente di difendere il minore da azioni che altri intentino contro di lui, il tutore non abbisogni di alcuna autorizzazione. L'argomento *a contrario sensu* è qui perfettamente appli-

cabile; perciocchè si parte da una disposizione limitativa, quale è quella che assoggetta il tutore alla necessità di adempiere per certi atti una formalità abilitante, che consiste nel riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia, per ritornare al principio generale, secondo cui al tutore, che rappresenta il minorenne in tutti gli atti civili, spetta eziandio, per virtù stessa della sua missione, l'ufficio di comparire in giudizio pel minore stesso al fine di sostenerne le ragioni. E se è vero, come vedemmo notato dalla critica, che, quando pure si tratti di semplice difesa del minore contro le azioni altrui, possa ancora esservi qualche ragione d'interesse per lui a richiedere l'intervenzione del consiglio di famiglia, non è però negabile che tale ragione sia minore di quella che può verificarsi allorchè siano da promuovere azioni giudiziali. In questo caso un giudizio inopportunamente, prematuramente intentato, quando ancora non si fossero raccolti e non si avessero in pronto i mezzi di prova necessari, potrebbe pregiudicare irreparabilmente gravissimi interessi e porre in pericolo una parte notevole delle sostanze del minorenne, o talora anche lo stesso stato personale di lui. Quando invece si tratti di azioni che siano intentate da altri contro il minore, il sostenere per lui una difesa mal fondata potrà dar luogo ad un rimborso di spese, ad un risarcimento di danni — spese e danni, d'altronde, di cui il tutore potrebbe secondo i casi esser tenuto personalmente responsabile — ma non avverrà mai che il minore si trovi pregiudicato in diritti che non gli competevano. Sotto questo aspetto pertanto ci sembra giustificabile, non ostante la censura a cui fu soggetta la massima seguìta dal nostro codice, che il tutore debba farsi autorizzare dal consiglio di famiglia per promuovere azioni in giudizio, non per difendere il minore contro le azioni altrui.

Tuttavia, se questa massima non sembra contestabile in diritto positivo, e se ancora non è da reputarla destituita di buon fondamento in ragione, crediamo però che non

sia da negarsi al consiglio di famiglia la facoltà d'impedire con una sua deliberazione che il tutore persista nel sostenere in nome del minore una lite, nella quale la ragione stia sicuramente e manifestamente dal lato di chi agisce contro di lui. Ci parrebbe deplorabile e troppo contrario a giustizia, all'interesse del minore, allo scopo protezionale delle leggi regolatrici della tutela, che avesse a dipendere irrimediabilmente dal capriccio o dalla malevolenza di un tutore il contestare diritti evidenti reclamati da altri, il tenere impegnato il minorenne in liti ingiuste, che protratte con arti cavillose potrebbero diventare rovinose, senzachè forse il tutore offrisse bastante solvibilità per rispondere di tutti i danni contingibili. Certamente, se si trattasse di lite relativa alle rendite del minore, il consiglio di famiglia non potrebbe interloquire, versandosi in materia di semplice amministrazione, di sola competenza e responsabilità del tutore. Ma trattandosi invece d'un giudizio in cui sia impegnato ciò che farebbe parte della sostanza capitale del tutelato, è affatto conforme ai principii fondamentali dell'ordinamento della tutela che spetti al consiglio di famiglia di regolare intorno a ciò gl'interessi del minorenne, e dettare al tutore norme obbligatorie di condotta. D'altronde il consiglio, che avrebbe perfino la facoltà di rimuovere il tutore per abuso nell'esercizio dei poteri suoi, perchè avesse frodolentemente, od almeno colpevolmente tenuto impegnato il minorenne in liti rovinose, potrebbe mai reputarsi impotente ad impedire questi danni, troncando con una sua deliberazione tali controversie sostenute per mero spirito litigioso?

213. Dal rapido e preliminare esame, fatto nel numero precedente, di questa parte dell'art. 296, se ne ricava facilmente lo spirito generale. Libertà si è lasciata al tutore per ciò che sia semplice difesa del minore in giudizi contro lui promossi da altre persone. All'opposto lo si volle soggetto all'autorità del consiglio di famiglia per ogni azione

che si tratti di promuovere in giudizio nell'interesse del minore, salvo quelle che sono annoverate in detto articolo; per intentare le quali il tutore non abbisogna di alcuna autorizzazione, come non ne abbisogna per contestare le azioni altrui. Abbandonata così la distinzione, che altri codici facevano, tra le azioni mobiliari e le immobiliari, sono evitate per noi le molte questioni che insorgevano intorno alla classificazione di certe azioni nell'una o nell'altra delle accennate categorie. Dovevano considerarsi come azioni immobiliari o come mobiliari, ed era quindi necessaria, o no, l'autorizzazione del consiglio di famiglia, per le questioni di stato personale del minore, per esercitare un diritto di ricupera d'un immobile, per far rescindere una vendita immobiliare come lesiva, per liberare un bene da diritti reali altrui, per fare un soprincaricamento? Queste ed altre simili questioni non sono più possibili, dacchè è stabilito che qualunque volta il tutore abbia a rendersi attore in giudizio pel minorenne, debba prima riportarne l'autorizzazione dal consiglio di famiglia.

Con tutto ciò non è per altro rimossa ancora ogni difficoltà nell'applicazione della massima sancita dal nostro articolo. Vi si parla in genere di *azioni da promuovere in giudizio;* ma non di quelle che siano già state introdotte prima dell'apertura della tutela dall'autore del minorenne, nè di atti particolari che possano occorrere durante il corso della lite, per esempio per deferire, accettare o riferire il giuramento, per rinunziare agli atti del giudizio od all'azione, per giovarsi dei mezzi legali d'impugnazione delle sentenze che vengono pronunciate.

Vi si enumerano alcune particolari azioni, per promuovere le quali è lasciata piena libertà al tutore; ma rimane il dubbio se quella enumerazione debba riguardarsi come semplicemente dimostrativa, o, al contrario, sia tassativa.

A quali norme si dovrà attenersi per risolvere questi dubbi? Sarà applicabile l'aforisma: *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit,* oppure l'altro: *ubi eadem est ratio legis,*

ibi eadem est ejus dispositio? La risposta dipenderà dal definire se la disposizione di legge, che vieta al tutore di promuovere azioni in giudizio senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia; se l'altra, che per alcune speciali azioni ne permette al tutore la introduzione in giudizio senza bisogno di una simile autorizzazione, abbiano a considerarsi come costituenti eccezione, come derogatorie al diritto comune; poichè in tal caso dovrebbero tenersi rigorosamente ristrette ai casi espressi, secondo la massima proclamata nell'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile; mentre nel caso opposto sarà applicabile, giusta l'art. 3 delle stesse disposizioni preliminari, l'argomento di analogia.

Ora, per quanto in altro luogo ci parve dimostrato, le disposizioni di legge, in generale, che assoggettano certi atti dell'amministrazione tutoria alla necessità della previa autorizzazione del consiglio di famiglia, hanno bensì un carattere limitativo, in quanto vincolano all'adempimento di questa forma abilitante l'esercizio di quei poteri, in virtù dei quali il tutore ha, per la natura stessa della missione sua, il mandato legale di rappresentare il minore in tutti gli atti civili, e di fare nell'amministrazione dei beni di lui tutto ciò che un buon padre di famiglia farebbe nell'amministrare i proprii; ma d'altra parte non sono da considerarsi come vere e rigorose eccezioni nel sistema d'ordinamento della tutela, mentre anzi fa parte integrante e normale di esso la costituzione del consiglio di famiglia come supremo potere dirigente, nei più gravi interessi, la gestione tutelare; epperò non può essere esclusa l'argomentazione di analogia, per attenersi strettamente alle parole, anzichè allo spirito della legge; salvo solo che debbasi di tal mezzo usare con molta circospezione e pei soli casi in cui l'analogia sia veramente prossima ed evidente (1). Ciò valga dunque rispetto alla proibizione fatta

(1) V. sopra, n. 210, pag. 972 e segg.

al tutore di promuovere azioni in giudizio senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed alla possibilità di estendere una simile norma anche alla continuazione di giudizi pendenti al tempo dell'apertura della tutela, od a certi atti particolari di cui nel corso d'una lite già regolarmente introdotta si possa presentare l'occasione.

Quanto poi all'altra parte della disposizione, in cui sono enumerate alcune azioni speciali, a promuovere le quali è riconosciuta nel tutore una facoltà libera e indipendente dall'autorizzazione del consiglio di famiglia, è troppo chiaro che se questa è un'eccezione, derogando però essa alla limitazione precedentemente apposta ai poteri generali del tutore, non altro costituisce in ultimo risultamento che il ritorno ai principii comuni: sicchè non è caso al certo di escludere che sia estendibile per analogia.

Colla guida di questi principii, facciamoci ora ad investigare separatamente quali siano gli atti giudiziali a cui il tutore possa procedere liberamente, e quali quelli che non possano effettuarsi senza la previa autorizzazione del consiglio di famiglia.

(*a*).

Degli atti pei quali il tutore non ha bisogno d'essere autorizzato.

Sommario. — 214. Della difesa del minore in qualunque lite nella quale egli sia convenuto. — 215. Se il tutore possa, senza autorizzazione, aderire alle istanze proposte dall'attore contro il minorenne. — 216. Se possa emettere confessioni, deferire, accettare o riferire il giuramento decisorio. — 217. Se possa liberamente promuovere, contro la sentenza, che sia pronunciata in danno del minore, i mezzi d'impugnazione ammessi dalla legge; e se possa, all'opposto, accettare tale sentenza; o rinunziare all'appellazione che ne avesse interposto. — 218. Delle azioni possessorie. — 219. Delle azioni per denunzia di nuova opera, o per danno temuto. — 220. Delle azioni per apposizione, o per regolamento di confini. — 221. Delle azioni relative al conseguimento delle rendite. — 222. Delle azioni da promuoversi per urgenza o per scopi conservatorii. — 223. Se nei predetti casi eccezionali, di azioni che il tutore ha potuto promuovere senza esservi autorizzato, gli sia lecito

eziandio di rinunziare agli atti del giudizio, od all'azione, o di accettare la sentenza pronunciata contro il minore, o di recedere dall'appellazione interposta.

214. Tra gli atti giudiziali, in cui rappresentando il minorenne non abbisogna il tutore di riportare preventivamente alcuna autorizzazione, dobbiamo annoverare per primi tutti quelli che riguardino alla difesa del minore da azioni che contro lui siano da altri intentate. È questo un principio che già abbiamo accertato, traendone la dimostrazione dal testo stesso della legge, e confortandola con ragioni dalle quali ci sembrò abbastanza giustificato, non ostante la gravità delle obbiezioni che contro esso furono fatte (1).

E tale principio, una volta ammesso, non può certamente, per le ragioni stesse su cui è fondato, lasciar luogo ad alcuna distinzione tra specie e specie di quelle azioni, dalle quali possa esser caso di difendere il minore contro altri, che le abbiano in danno di lui promosse, nè tra specie e specie di atti mediante i quali tale difesa si svolga.

Se il testo della legge porge argomento a ritenere pienamente libera la difesa del minorenne in giudizio da parte del tutore, è perchè limita i poteri di quest'ultimo, assoggettandolo al previo adempimento della formalità abilitante che consiste nell'autorizzazione data dal consiglio di famiglia, solo quando si tratti di *promuovere azioni;* il che è applicabile evidentemente per qualunque azione altrui, contro la quale si tratti di difendere il minore, per qualunque mezzo con cui tale difesa abbia ad essere esercitata. Nè vale meno per qualunque specie di azione che sia provocata contro il minore, per qualunque mezzo di difesa che accada di proporre in rappresentanza di lui, la ragione giustificante la piena libertà del tutore; che consiste nel non esser temibili per una difesa mal fondata,

(1) V. sopra, n. 212, pag. 982 e segg.

che il tutore si ostinasse a sostenere, danni altrettanto gravi pel tutelato quanto potrebbero essere quelli derivabili a lui da un'azione che in suo nome si esercitasse in tempo non opportuno, all'appoggio di mezzi non ancora abbastanza predisposti, esponendolo così alla perdita irreparabile di diritti che pure gli appartenessero veramente.

Non può dunque esser dubbia la facoltà del tutore di stare in giudizio rappresentando il minore quale convenuto, senza bisogno di riportarne autorizzazione dal consiglio di famiglia, qualunque sia l'azione contro il minore intentata, ancorchè immobiliare, ancorchè riguardante lo stato personale del minore stesso; come non può esser dubbio che tale facoltà comprenda generalmente qualsiasi mezzo di difesa, qualsiasi atto diretto a sostenerla, non escluso un deferimento d'interrogatorio, non esclusa una iscrizione in falso. Ma qualche incertezza è possibile in ordine ad una domanda incidente di riconvenzione, che il tutore avesse ad opporre all'azione promossa da altri contro il minorenne. Invero, è il caso questo in cui trova più evidente applicazione il principio che il convenuto si rende attore nella eccezione che opponga; perciocchè dovendo egli formulare in specifica conclusione la domanda di condanna, che a sua volta propone contro l'attore — al fine o di ottener pagamento della eccedenza d'un credito, che opponga fino a debita concorrenza in compensazione legale, o di giungere ad una compensazione giudiziale con un credito non ancora liquido che professi verso il suo avversario, o di costringere questo ad una prestazione che gli debba dipendentemente dal medesimo titolo, dallo stesso contratto — è sempre in realtà una *contro-azione*, che il convenuto istituisce contro il suo avversario. Non parrebbe dunque naturale, che poichè la legge vieta al tutore di *promuovere qualunque azione in giudizio*, se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia, una simile autorizzazione dovesse anche essergli necessaria per poter riagire nell'interesse del minorenne contro l'attore mediante una

domanda riconvenzionale? Nondimeno non è da dimenticarsi che la facoltà di concludere riconvenzionalmente costituisce una condizione del diritto di difesa; giacchè codesta reazione, che il convenuto esercita contro il suo avversario, ha per iscopo di annientare o restringere almeno gli effetti dell'azione da quest'ultimo intentata. E poichè la legge lascia libera al tutore la difesa giudiziale del minorenne, senz'alcuna distinzione dei mezzi che per essa possano occorrere, par dunque giusto il ritenere che anche le domande riconvenzionali possano dal tutore medesimo essere proposte, senza bisogno di previa autorizzazione da parte del consiglio di famiglia. Ciò d'altronde è anche conforme alla espressione del testo, che parla di *promuovere azioni in giudizio;* parole queste più appropriate al caso in cui il tutore abbia a rendersi attore in una lite da iniziarsi a nome del minorenne, che all'altro in cui, comparendo in rappresentanza di questo quale convenuto, gli occorra per difendersi di dover proporre una domanda riconvenzionale.

215. Riconoscendo impossibile la difesa, per l'evidente buon fondamento delle istanze proposte dall'attore, potrà il tutore, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, aderire validamente, in rappresentanza del minore, a tali istanze? È un quesito, a cui si cercherebbe invano una risposta in precisi termini nel testo della nostra legge. Il codice Francese invece diceva nell'articolo 464 che " nessun tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di " famiglia, potrà intentare in giudizio un'azione relativa " ai diritti del minore sopra beni stabili, *nè aderire ad* " *una domanda relativa ai medesimi diritti* ". Diritto di promuovere azioni, e diritto di acquietarsi ad azioni altrui, quando esse avessero per oggetto beni immobili, erano quindi assimilati e sottoposti nel loro esercizio all'identico principio richiedente l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Una tale assimilazione non mancava d'essere da

qualche giureconsulto censurata, notandosi come fosse assai più pericolosa pel minore l'acquiescenza, che in di lui rappresentanza potesse essere fatta dal tutore, ad azioni intentate da altri, che il promuovere azioni in giudizio nell'interesse del minore stesso; avendo egli in quest'ultimo caso la garanzia del procedimento giudiziale, e della sentenza da emanarsi, mentre nel primo era il tutore che rinunciava a sostenere le ragioni che l'amministrato potesse avere contro le pretensioni altrui. Tuttavia, poichè codesta parificazione tra la introduzione di domande in giudizio, e l'acquiescenza a domande altrui, esisteva nel diritto positivo, dottrina e giurisprudenza si accordavano nel dedurne *a contrario*, che per una simile parità applicata anche alle istanze relative a *diritti del minore sopra beni mobili*, e poichè la legge permetteva al tutore d'intentare in rappresentanza del minore le azioni mobiliari che reputasse appartenenti a questo, senza bisogno di riportarne autorizzazione dal consiglio di famiglia, fosse dunque da riconoscere eziandio nel tutore stesso la libera facoltà di aderire ad azioni altrui concernenti i medesimi diritti mobiliari (1).

Nel codice Italiano abbiamo la disposizione generale, che proibisce al tutore, se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia, di promuovere azioni in giudizio, senza distinguere tra le azioni mobiliari e le immobiliari; ma nessuna disposizione che parli di acquiescenza ad azioni altrui, nè accenni a parificare codesta acquiescenza alla introduzione di azioni giudiziali in nome del minore. Pel riflesso però sopra accennato, del maggior pericolo che vi è nell'aderire ad istanze d'altri, che nell'intentarle pel minore, si sarebbe tratti ad argomentarne, *a fortiori*, che a nessuna domanda giudiziale promossa a danno del tutelato potesse il tutore aderire, senz'averne prima riportata l'autorizzazione del consiglio. Se non che il silenzio

(1) V. Laurent, t. V, n. 67, pag. 78.

serbato dalla nostra legge su questo argomento, dell'acquiescenza del tutore ad azioni intentate contro il minore, ci richiama piuttosto ai principii generali di diritto, da applicarsi secondo l'indole giuridica speciale dell'atto di cui si tratta. Ora, l'acquiescenza ad un'azione altrui costituisce rinuncia alle ragioni colle quali si potesse oppugnarla, costituisce riconoscimento dei diritti pretesi dall'attore: e se essi non sussistano realmente, si risolve in una disposizione dei beni formanti oggetto dell'azione medesima. L'esame della questione concernente la facoltà che spetti, o non, al tutore di aderire a domande promosse da altri in giudizio contro il minore, ci riporta dunque naturalmente alle disposizioni scritte nella prima parte dello stesso articolo 296 del nostro codice intorno agli atti estragiudiziali, pei quali il tutore abbisogni d'essere autorizzato dal consiglio; chè, se nel novero di questi entri la disposizione di ciò che formi oggetto della contestazione giudiziale, poichè il tutore potrebbe realmente riuscire per via indiretta a disporne coll'aderire alla domanda giudiziale altrui, avrà dunque parimente bisogno di farsi autorizzare dal consiglio; se al contrario libero sarebbe il tutore nel poter disporre della cosa su cui la controversia cade, libero altrettanto dovrà considerarsi nell'acquiescenza che reputi di dover fare alla istanza promossa in giudizio contro il minore. L'attore, per esempio, chiede giudizialmente al tutore, quale rappresentante il minorenne, la consegna di mobili soggetti a facile deterioramento, o di frutti dei fondi appartenenti al minore stesso, che gli sarebbero stati venduti per un determinato prezzo; o chiede il prezzo di oggetti, che offre di consegnare, e che il tutore avrebbe acquistati come necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio; o chiede la esecuzione di un contratto di locazione non eccedente il novennio. Il tutore, che avrebbe libera facoltà di disporre, alienando quei frutti o quei mobili soggetti a facile deperimento, facendo acquisto di quegli

oggetti, convenendo quella locazione, perchè non potrà acquietarsi alle istanze proposte per la esecuzione di tali contratti? Non vi sarebbe ragione di proibirglielo, mentre avrebbe facoltà di fare, senz'alcuna formalità abilitante, quegli stessi contratti che viene a riconoscere come già formati, ed a convalidarli mediante l'acquiescenza alle azioni promosse per la loro esecuzione. Ma suppongasi invece che l'azione da altri intentata abbia per oggetto la esecuzione d'un contratto di locazione a lungo tempo, o di cessione o trasferimento di crediti o carte di credito, o di acquisto di beni mobili o immobili, che si pretenda fatto a nome del minore, e molto più di contratti di mutuo passivo a carico del minore stesso, o di pegno, o di alienazione di beni mobili o immobili di lui, pei quali ultimi non basterebbe neppure l' autorizzazione del consiglio di famiglia, se non fosse intervenuta anche l'omologazione del tribunale, e sarà troppo chiaro che il tutore, il quale non avrebbe potuto fare validamente da solo tali contratti, non potrà neppure riconoscerne l'esistenza e renderne obbligatoria l' esecuzione, mediante l' acquiescenza ad un'azione giudiziale, se non premesso l'adempimento di quella formalità abilitante che gli era necessaria per poterli validamente stabilire. Altrimenti diverrebbe troppo facile eludere la legge, che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia per tali convenzioni, fingendole già formate, facendo promuovere dall'altra parte un'azione in giudizio e a quelle istanze aderendo.

A queste idee può farsi veramente un'obbiezione. Non è da negarsi al tutore la facoltà di dare esecuzione, senza bisogno d'esservi autorizzato, ad un contratto che sia stato prima validamente fatto; per esempio di fare la tradizione d'un immobile, posseduto dal minore, a chi lo avesse legittimamente acquistato dall'autore di quest'ultimo. E perchè dunque gli sarà vietato di aderire alla domanda, che l'acquirente abbia promossa in giudizio per ottenere quella tradizione? Fu risposto che la istanza proposta giu-

dizialmente fa supporre che il diritto possa essere dubbio, e ciò giustifica l'esigersi la guarentìa dell'autorizzazione da parte del consiglio di famiglia (1). Ma ad una tale supposizione può non corrispondere sempre la realtà; può darsi che il fondamento dell'azione intentata sia di tale evidenza da non ammettere neppure l'ombra della incertezza. Ed allora, se il tutore, senza attendere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, avrà aderito alle istanze dell'attore, perchè escludere la validità di questa acquiescenza? Tuttavia una ragione di tale decisione, e della differenza col caso d'una esecuzione volontaria, sembra che veramente non manchi. Parlando di quest'ultimo caso si presuppone la reale esistenza d'un titolo anteriore valido, da cui risulti quel diritto, in adempimento del quale il tutore abbia consegnata ad altri una cosa ch'era detenuta nel patrimonio del minore. E dato che sia così, non vi sarebbe motivo per invalidare l'operato del tutore; come dato anche il contrario non sarebbe giustificabile, secondo i principii comuni, che il terzo posto in possesso di quella cosa come a lui spettante, potesse dal minore, o da chi per lui, essere costretto a restituirla, se non provando la inesistenza o nullità del titolo in virtù di cui fosse stata consegnata. Ma quando trattisi invece d'un'azione giudiziale intentata da altri contro il minore, il riconoscerne il fondamento, per quanto manifesto si voglia supporlo, non può spettare al tutore solo, il quale sotto queste apparenze potrebbe per via indiretta riuscire ad un atto di disposizione dei beni del minore, che gli sarebbe vietato; ma deve spettare innanzi tutto al consiglio di famiglia, alla cui autorizzazione tali atti di disposizione sarebbero soggetti. Epperò l'acquiescenza del tutore non autorizzato sarebbe nulla; nulla conseguentemente la sentenza che in base di quell'aquiescenza fosse intervenuta; nulli ancora gli atti che in esecuzione di essa fossero stati compiti, ed al minore,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 716.

od a chi per lui, basterebbe domandare questa nullità, senza bisogno di somministrar prove contrarie al titolo riconosciuto coll'atto di acquiescenza del tutore; poichè ciò ch'è nullo non producendo mai effetto alcuno, non potrebbe neppure derivarne quello d'invertire l'onere della prova; sicchè al terzo, che aveva intentata l'azione, rimarrebbe sempre il carico di provarne il fondamento.

216. Non ostante quanto accennammo superiormente, che cioè il tutore, nel difendere il suo amministrato dalle azioni che altri abbia promosse contro di lui, possa liberamente procedere a tutti gli atti giudiziali relativi, e provocare qualunque mezzo d'istruzione che reputi utile per l'interesse del minore, senza bisogno di riportarne alcuna autorizzazione, la dottrina è però concorde nel ritenere per massima, che al tutore non sia lecito di emettere in giudizio una confessione obbligatoria pel tutelato, nè di deferire all'avversario un giuramento decisorio, neppure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, e che reciprocamente la controparte non abbia il diritto di deferire al tutore, quale rappresentante il minorenne, un giuramento decisorio. E considerato questo come principio generale, è per certo impossibile disconoscerne il perfetto fondamento giuridico. La confessione giudiziale formando piena prova contro colui che l'ha emessa (art. 1356, § 2, cod. civile) può avere per risultamento di dare come legalmente costituita una obbligazione, la quale realmente non sussista a carico del minore, o di privarlo di un diritto che veramente gli appartenga, e contiene quindi una indiretta ma vera disposizione di diritti, eccedente i poteri del tutore. Il deferire alla parte contraria il giuramento decisorio, o l'accettare o riferir quello che sia deferito da lei, costituisce una specie di transazione; la quale, se veramente non può dirsi che abbia direttamente per oggetto il diritto controverso in sè stesso — poichè nessuno dei contendenti decampa da alcuna parte delle pretensioni proprie,

nessuno si sottomette a quel sagrificio reciproco, che è carattere essenziale di questa specie di contratto, secondo la definizione datane nell'art. 1764 cod. civile — è riferibile almeno all'onere della prova; inquantochè quella delle parti, a cui incomberebbe, non potendo somministrarla, è ammessa a riversare un tal carico sulla parte contraria, a condizione di rimettersi alla dichiarazione giurata di lei; come l'avversario ha, a sua volta, la facoltà di ristabilire tra sè e l'altro contendente che gli deferisce il giuramento, la posizione normale in ordine alla prova, purchè accetti come prova piena la dichiarazione giurata della stessa controparte, riferendole il giuramento. Ad ogni modo, nell'atto, sia di deferire, sia di accettare o riferire il giuramento decisorio, si contengono gli estremi d'una disposizione, sebbene indiretta ed eventuale, di diritti; in quanto la parte che lo deferisce si sottomette a soccombere nella propria domanda od eccezione qualora l'avversario lo presti, od ella si ricusi a prestarlo in caso che l'avversario stesso glielo riferisca; e l'altra parte, accettando il giuramento deferitole, si assoggetta pure a sua volta alla soccombenza nella lite, pel caso che poi non lo presti effettivamente; come vi si assoggetta riferendo il giuramento all'avversario, pel caso che questi lo presti.

È dunque ovvio che il tutore non possa, coll'atto di deferire alla parte contraria il giuramento decisorio, fare una disposizione, sebbene indiretta ed eventuale, di diritti, la quale non sia nelle sue attribuzioni; nè l'avversario del minorenne abbia il diritto di deferire al tutore un giuramento, che questi non potrebbe nè accettare nè riferire senza disporre, quantunque indirettamente ed eventualmente, dei diritti dell'amministrato, eccedendo le proprie facoltà.

Queste stesse riflessioni, però, mentre servono a giustificare sotto l'aspetto di principii generali le massime che sopra ricordammo adottate dalla dottrina, dimostrano nel medesimo tempo come la loro applicabilità non possa

essere assoluta ed esclusiva d'ogni limitazione; imperocchè, se il motivo che vieta al tutore di emettere in giudizio una confessione obbligatoria per l'amministrato, e di deferire all'avversario un giuramento decisorio, e vieta alla parte contraria di deferire simile giuramento al tutore, consiste nel contenersi in quegli atti una indiretta ed eventuale disposizione di diritti che eccederebbe i poteri legali del tutore stesso, non si può dimenticare d'altro lato come, giusta la legge nostra, non sia proibito al tutore di fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia qualunque atto produttivo di obbligazione, qualunque atto che porti una disposizione di diritti, ma la necessità di forme abilitanti sia ristretta ad alcuni atti determinati, lasciando per gli altri, quantunque recanti obbligazione o disposizione di diritti, pieni e liberi quei poteri che sono attribuiti generalmente al tutore per la rappresentanza del minorenne e per l'amministrazione dei beni di lui. Donde deve emergere necessariamente che vi siano alcuni oggetti di controversie giudiziali, rispetto a cui sia disputabile se sia lecito al tutore di fare confessioni obbligatorie pel minorenne, o di deferire giuramento decisorio alla controparte, e lecito a questa parimente di deferire al tutore un simile giuramento.

Intorno a ciascuno di tali argomenti ci occorre ora di fare, nell'accennato ordine d'idee, qualche considerazione separata.

Quanto alla confessione, non sembra, innanzi tutto, che per non potersi riconoscere obbligatoria pel minorenne quella che il tutore come tale emetta in giudizio, debba perciò ritenersi assolutamente vietato alla parte contendente contro il minore di promuovere, come mezzo d'istruzione della causa, l'interrogatorio del tutore, per valersene a scopo di prova. Non apparisce una ragione sufficiente per negare alla controparte la facoltà di far interrogare il tutore sovra fatti relativi alla causa che siano a lui personali, o di cui, nella qualità sua, debba o possa avere notizia; salvo il tenersi poi delle risposte che il tutore darà,

quel conto che i giudici, nel prudente apprezzamento ad essi affidato intorno alle prove somministrate in giudizio, reputino meritato; senza attribuire a tali risposte il valore di piena prova come confessione giudiziale, nè l'effetto di una assoluta obbligatorietà a carico del minore (1).

Ma inoltre vi possono esser casi, nei quali una vera confessione, emessa in giudizio dal tutore come tale, produca tutti gli ordinari suoi effetti legali a carico del tutelato; qualora essa riguardi atti o fatti della gestione esercitata dal tutore stesso, e stanti entro i limiti dei poteri liberi attribuiti a lui dalla legge, o in caso diverso legittimati dall'adempimento delle formalità abilitanti prescritte. Se invero con quegli atti o fatti giuridici, intorno a cui emette la confessione, il tutore ha potuto obbligare validamente il proprio amministrato, se lo potrebbe ancora al momento stesso in cui dichiara in giudizio la preesistenza di quegli atti o di quei fatti, non si scorge ragione per cui debba essergli impedito di far risultare, dalla propria dichiarazione giudiziale, quel medesimo vincolo a carico del suo rappresentato. In questo senso abbiamo infatti nel nostro codice la disposizione espressa dell'art. 1361, nella quale, dopo essersi proclamato il principio fondamentale, che " per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta " da persone capaci di obbligarsi ", si soggiunge in via di applicazione, nel § 2 che " la confessione di tutori ed " amministratori non pregiudica agli amministrati, se non " *quando sia fatta nei casi e modi per cui essi possono obbli-* " *gare gli amministrati medesimi* ".

Da questa stessa disposizione testuale, e dalle considerazioni sopra cennate intorno ai principii a cui essa s'inspira, risulta però come sia necessario il concorso delle seguenti condizioni:

1° che gli atti od i fatti — intorno ai quali verta la confessione — siano personali a chi la emette, e da

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 690; Laurent, t. XX, n. 173.

lui compiuti nello esercizio della sua amministrazione tutelare;

2° che in tale esercizio trovisi ancora il tutore al momento in cui emette la confessione;

3° che si tratti di atti o fatti rientranti nella libera amministrazione tutoria, o pei quali, in caso diverso, siano state adempite le necessarie formalità abilitanti.

Allorchè il tutore dichiari in giudizio la esistenza di atti o fatti da lui compiuti personalmente in tale sua qualità, per esempio d'una convenzione da lui formata, o d'un pagamento ricevuto, e concorrano le altre condizioni sopra notate, si verificano le ragioni che già accennammo, per le quali debbasi attribuire a tale confessione di lui pieno effetto obbligatorio rispetto al minore. Ma qualora invece si trattasse di cose operate da un precedente tutore, o, prima ancora che si aprisse la tutela, dall'autore del minorenne, l'ammettere a danno di quest'ultimo l'efficacia della confessione fatta dal tutore attuale, darebbe luogo all'arbitrio, con cui egli potrebbe, sotto specie di tale apparente confessione, creare come avente vita ed effetti anteriori a carico del tutelato un vincolo giuridico che in realtà non fosse esistito mai.

Se si trattasse bensì di affari dell'amministrazione tutoria esercitata dal confitente, ma la confessione di lui venisse emessa in tempo in cui per la maggiore età raggiunta dal tutelato, o per rimozione o dispensa del tutore, avesse questi cessato dall'ufficio suo, è troppo chiaro che, mancandogli oramai ogni qualità legale per poter obbligare l'amministrato, neppure quella confessione del cessato tutore potrebbe produrre alcun effetto obbligatorio per quest'ultimo; e tanto meno, se la estinzione relativa della tutela si fosse verificata per la morte del tutore, potrebbe nuocere al tutelato una confessione che venisse fatta dagli eredi del tutore stesso (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 693; Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 630, n. 1005.

In fine, secondo il testo medesimo dell'art. 1361 del nostro codice, la confessione dei tutori non può pregiudicare agli amministrati, se non quando sia fatta *nei casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministrati medesimi.* Si versa, per ipotesi, in uno di quei *casi* in cui il tutore era per legge abilitato ad agire liberamente, senza bisogno di alcuna autorizzazione, trattandosi, per esempio, d'una locazione non eccedente il novennio, oppure, in materia, di atti pei quali il tutore avrebbe avuto bisogno d'essere autorizzato dal consiglio di famiglia, per esempio d'una divisione, d'una cessione di credito, od altro, questa forma abilitante era stata adempita, avendo il consiglio di famiglia autorizzato, con regolare deliberazione, quell'atto; e il tutore, citato in giudizio da chi si asserisce conduttore, condividente, cessionario, per la esecuzione del contratto, dichiara vera la esistenza di esso. Questa confessione del tutore vincolerà l'amministrato, siccome emessa *nei casi o nei modi* pei quali il primo poteva obbligare il secondo; chè se il tutore avrebbe indubbiamente potuto in quel momento stesso formare il contratto che non avesse fatto prima, o rilasciarne atto formale constatante un consenso anteriormente prestato, per qual ragione gli si negherebbe di far constare di questa precedente convenzione mediante dichiarazione fatta davanti al giudice? Nè crediamo che parlando di *confessione fatta da un tutore nei casi e modi per cui egli può obbligare l'amministrato*, il legislatore abbia inteso che, nei casi in cui è richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia per determinati atti, il tutore non possa emettere intorno a questi alcuna confessione efficace rimpetto al minore, se non riportando all'uopo preventiva e speciale autorizzazione del consiglio stesso. Allorchè per alcuno degli atti pei quali la legge impone questa formalità abilitante, essa sia stata adempita mediante l'emanazione della relativa deliberazione autorizzante, il tutore trovasi costituito, in ordine a tale atto, in quella identica condizione di capacità ad agire liberamente, che gli spetta

per gli atti pei quali non è richiesta autorizzazione alcuna; e come per una confessione giudiziale relativa a questi non può abbisognare d'alcuna abilitazione da parte del consiglio di famiglia, così sarebbe incongruo il ritenere necessaria una nuova ed apposita deliberazione del consiglio stesso per dare facoltà al tutore di dichiarare in giudizio, con effetto obbligatorio pel minore, la reale esistenza di quella convenzione o di quell'atto, che conformemente alla riportatane autorizzazione preventiva egli abbia fatto. Ma qualora invece si trattasse di tale atto pel quale sarebbe stata necessaria, e non fosse stata data l'autorizzazione del consiglio di famiglia, non crediamo che potesse questo con una posteriore deliberazione abilitare il tutore ad emettere in proposito una confessione che vincolasse il minore (1); dappoichè una simile deliberazione non avrebbe mai virtù di purgare l'atto medesimo dal vizio d'origine di cui sarebbe infetto, per mancanza di capacità della persona da cui proveniva. Pongasi, per esempio, che il tutore, in onta al disposto dell'art. 296 codice civile, abbia riscosso, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, un capitale del minore; e citato poi in giudizio per la cancellazione della relativa ipoteca, abbia chiesta ed ottenuta dal consiglio l'abilitazione a riconoscere, come validamente fatto, quel pagamento e consentire quindi alla cancellazione dell'iscrizione relativa al credito. Nondimeno la confessione che il tutore ne faccia non pregiudicherà all'amministrato privandolo della sua azione contro il debitore che ha eseguito un pagamento non valido, non potendosi estendere a tanto i poteri stessi del consiglio di famiglia. Certamente quel pagamento potrebb'essere ancora suscettibile di una formale ratifica coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed anzi neppure ve ne sarebbe bisogno qualora il capitale riscosso, essendo effettivamente rientrato nel patrimonio del minore, questi ne avesse approfittato (arti-

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 19.

colo 1241 cod. civile). Ma una semplice deliberazione del consiglio, che abilitasse il tutore a confessare in giudizio l'esistenza di un atto da lui compiuto senza le debite formalità, non basterebbe a rendere la confessione stessa opponibile al minore, nel senso di privarlo dell'azione di nullità, che contro quell'atto gli derivava dall'inadempimento appunto delle formalità predette. Così ci sembra doversi intendere la massima stabilita nel nostro art. 1361, che la confessione del tutore possa pregiudicare all'amministrato solamente quando sia stata fatta nei casi e modi per cui il tutore poteva obbligare l'amministrato stesso.

Quanto al giuramento decisorio, che il tutore in rappresentanza del minorenne voglia deferire alla parte avversa, è indubitabile che ciò non può essergli lecito qualora si versi in materia, nella quale, secondo la legge, l'azione del tutore non sia libera e indipendente da autorizzazione altrui, ma sia vincolata a formalità abilitanti, le quali d'altronde non siano state adempite; e intorno a ciò possiamo dispensarci dal ripeterne le ragioni, che già dimostrammo. Nè crediamo che in tali casi il tutore possa ancora deferire in nome del minore all'avversario il giuramento decisorio, purchè riporti all'uopo l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Veramente si avrebbe in questo senso l'autorità di alcuni giureconsulti francesi; i quali fondandosi sulla analogia tra l'atto di deferire il giuramento e la transazione, insegnarono potersi dal tutore deferire un giuramento a nome del suo amministrato, *purchè siano adempite le formalità prescritte dall'art.* 467 del codice Francese per la transazione (1); formalità consistenti, secondo quel codice, nell'autorizzazione del consiglio di famiglia, nel parere di tre giureconsulti indicati dal Regio Procuratore presso il Tribunale civile, e nella omologazione del Tri-

(1) V. Zachariae, t. III, § 753; Demolombe, t. VIII, n. 690; Laurent, t. XX, n. 237.

bunale stesso; e secondo il codice nostro (art. 296 e 301) nell'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal Tribunale. Ma ci sembra preferibile l'opinione contraria di altri autori, i quali dissero che " il tutore non possa, " *nemmeno coll'autorizzazione del consiglio di famiglia*, defe- " rire in nome del minore un giuramento decisorio „ (1). Ritornano qui applicabili considerazioni simili a quelle che facemmo poco sopra, relativamente alla confessione. Se si tratta di atti o fatti, che il tutore abbia compiuti eccedendo i proprii poteri, quegli atti o quei fatti non hanno valore giuridico per mancanza di capacità in chi ne è autore. A che dunque deferire in nome del minore alla controparte, intorno a quegli oggetti, un giuramento decisorio, che anche prestato non potrebbe avere alcun effetto contro il minore stesso? O sarebbe mai possibile che l'autorizzazione data dal consiglio di famiglia, per deferire il giuramento all'avversario, avesse il valore di sanare eventualmente l'atto formante oggetto di controversia, e privare il minore dell'azione di nullità, che gli competerebbe per l'inadempimento delle forme abilitanti dalla legge prescritte?

Riteniamo pertanto che qualora formino oggetto di contestazione giudiziale affari dell'amministrazione tutelare, nei quali il tutore avrebbe agito oltrepassando i proprii poteri, senz'adempiere quelle formalità abilitanti che sarebbero state necessarie, non può mai essere lecito al tutore di deferire in nome dell'amministrato il giuramento decisorio alla parte avversa, nè per sola determinazione del tutore stesso, nè pure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Ma supponiamo ora contendersi invece intorno a negozi, nei quali il tutore avrebbe agito con pieni e liberi poteri conferitigli dalla legge; oppure, ciò che a veder nostro equivale, le forme abilitanti dalla legge prescritte sarebbero state osservate. Le opinioni, per quest'ipotesi, sono discordi.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 17.

Nella dottrina francese troviamo da una parte proclamata la massima, che “ il tutore non può, qualunque sia “ l’oggetto della contestazione, deferire un giuramento “ decisorio, in nome del suo pupillo, senza adempiere le “ formalità prescritte dall’art. 467 „ del codice Francese, ma “ può in proprio nome personale deferire il giuramento “ al terzo, con cui abbia trattato „ qualora la controversia cada sopra un atto d’amministrazione, per ragione del quale essendo impegnata la responsabilità del tutore verso il minore, sia quindi il tutore stesso principalmente interessato nella lite (1); e vediamo dall’altra parte sostenuto, che qualora si tratti di atti o fatti personali al tutore, che eserciti ancora attualmente l’ufficio suo, e compresi nella amministrazione libera spettante al tutore solo, abbia egli facoltà di deferire alla parte contraria il giuramento decisorio senza bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia, nè d’altra formalità (2).

Tra gli scrittori nostri abbiamo chi, fondandosi sulla considerazione che il giuramento non è che una specie di transazione, ne deduce “ non potere il giuramento essere “ deferito dal tutore, se non in quelle materie sulle quali “ esso ha facoltà di transigere e compromettere, giusta il “ disposto del capoverso dell’art. 296 „ (3), e chi, partendo dallo stesso principio, che la delazione del giuramento sia una specie di transazione, ritiene “ necessaria l’autorizza- “ zione del consiglio di famiglia, semprechè si tratti di “ deferire un giuramento, senza eccezione per quei casi “ rapporto ai quali è permesso ai tutori di muovere la lite „ secondo il citato capoverso dell’art. 296 (4).

Relativamente a queste ultime proposizioni dei commentatori del codice nostro, ci sembra inesatta la prima; che suppone applicabile anche ai compromessi e alle

(1) V. Zachariae, t. III, § 753, n. 3; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 17.
(2) V. Duranton, t. XIII, n. 582; Demolombe, t. VII, n. 693.
(3) V. Ricci, vol. I, n. 439, pag. 568.
(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I § 630, pag. 1005.

transazioni quella disposizione eccezionale, che si legge nell'ultima parte del capoverso dell'articolo 296. Crediamo evidente per la stessa dicitura del testo, e per lo spirito, come dimostreremo a suo luogo, che quella disposizione sia riferibile unicamente alle azioni giudiziali, per promuover le quali, mentre in generale si richiede che il tutore sia autorizzato dal consiglio di famiglia, se ne eccettuano i casi di azioni possessorie, di questioni relative al conseguimento delle rendite, e quelli di urgenza, nei quali il tutore può procedere anche senza preventiva autorizzazione del consiglio. Ma rispetto ai compromessi e alle transazioni, senza distinguere quale ne sia l'oggetto, è richiesta sempre l'autorizzazione del consiglio di famiglia, la cui deliberazione deve inoltre, a norma dell'art. 301, § 2, essere omologata dal Tribunale. Ond'è, che partendo pure dal concetto che la delazione del giuramento fosse da parificarsi in tutto, rispetto alle facoltà del tutore, ad una transazione, la conclusione da dedurne sarebbe che il tutore in nessun caso potrebbe, senza la detta autorizzazione ed omologazione, deferire all'avversario del minorenne il giuramento decisorio, non già che potrebbe deferirlo liberamente nei casi di eccezione previsti nell'ultima parte del capoverso dell'art. 296. Conveniamo quindi coll'altro autore citato, nel ritenere che le eccezioni recate dalla predetta disposizione, e attribuenti al tutore facoltà libera di promuovere in giudizio certe speciali azioni, non abbiano propriamente alcuna relazione coi poteri del tutore circa il giuramento ch'egli reputi opportuno di deferire alla parte avversaria, perchè, in verità, dall'essersi riconosciuta la necessità di lasciar libero il tutore nel promuovere in giudizio le azioni possessorie, stante il carattere che hanno di atti meramente conservatorii, quelle relative al conseguimento delle rendite, perchè stanno entro i limiti della amministrazione ordinaria spettante esclusivamente al tutore, e quelle di urgenza, per evitare al minore il danno irreparabile che potrebbe talora derivargli dal ritardare

l'introduzione di simili domande per attendere l'autorizzazione del consiglio, non vi è ragione di argomentare che nei medesimi casi debba essere ammesso il tutore a devenire liberamente a quella specie di transazione per la quale si pone termine alla lite col rimetterne la definizione alla coscienza della parte contraria. Ma facciamo poi le nostre riserve quanto a ritenere per norma assoluta che in nessun caso possa mai il tutore deferire in nome del minore all'avversario un giuramento decisorio, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia.

E su questo punto, dovendo scegliere tra le opposte opinioni discusse dalla dottrina francese, confessiamo di propendere per quella che riconosce nel tutore la facoltà, indipendente da qualunque formalità abilitante, di deferire all'avversario del minore il giuramento decisorio, allorchè la contestazione giudiziale verta intorno ad atti o fatti appartenenti alla libera amministrazione del tutore solo.

Non mettiamo in dubbio la verità della proposizione enunciata dagli stessi opinanti in contrario, che il tutore possa deferire in proprio anche il giuramento decisorio al terzo, con cui abbia trattato, quando la contestazione vertente con lui riguardi un atto d'amministrazione, in cui il tutore stesso sia personalmente interessato a cagione della responsabilità sua verso il minore. Ma passando anche a considerare la delazione di giuramento, che il tutore faccia, non in nome proprio personale, ma in nome del minore, reputiamo soverchio il ritenere che in nessun caso il tutore possa procedere a tale atto senza adempiere le formalità prescritte dalla legge per le transazioni, ossia, secondo il codice nostro, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal Tribunale. Tutta la forza di questa opinione sta nel considerare, che l'atto di deferire il giuramento decisorio costituisce una proposta di transazione condizionale. Ma non si deve dimenticare che non si tratta però di una transazione vera e propria, sibbene soltanto di *una specie di transazione;* d'un atto, cioè, che col contratto

di transazione ha semplicemente un'analogia; e questa ancora non è strettissima, poichè consiste unicamente in ciò, che anche colla delazione del giuramento si tende a porre fine ad una lite vertente, facendone dipendere la decisione della controversia, ma manca il carattere essenziale della transazione vera e propria, che amendue le parti si sottomettano a qualche sacrificio, dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa. Ora, non manca d'importanza l'avvertire, che appunto in questo carattere specifico della transazione sta il motivo per cui il legislatore reputò necessario, a guarentigia dell'interesse del minorenne, il richiedere per essa l'autorizzazione del consiglio di famiglia; perciocchè, dovendosi sempre in una transazione imporre un qualche sacrificio al minore, sarebbe stato troppo pericoloso per lui il lasciare in ciò piena libertà al tutore, e conveniva deferire al collegio famigliare di ponderare se tale sacrificio fosse abbastanza compensato dall'incertezza circa l'esito della lite. E perchè dunque dovrebbersi applicare con estremo rigore le prescrizioni regolatrici delle forme pei contratti di transazione da farsi nell'interesse dei minori, ad un atto che colla transazione ha solamente un'analogia parziale, e ne manca precisamente in quel rapporto che ha consigliato il rigore di tali forme? E non è forse più razionale attenersi semplicemente ai principii generali e, tenuto conto di ciò che veramente è di essenza dell'atto con cui si deferisce il giuramento, applicare le norme comuni che regolano l'esercizio dei poteri del tutore? Seguendo questa via noi troviamo, che l'atto predetto contiene veramente gli estremi d'una disposizione condizionale di diritti formanti oggetto della controversia; che però quando si versa, come ora supponiamo, in materia di atti o fatti compresi nella libera amministrazione del tutore, egli è sciolto per legge da qualunque vincolo, da qualunque soggezione all'autorità altrui, salva soltanto la responsabilità propria verso il minore, e può anche, entro tali limiti, senza bisogno d'alcuna autorizzazione, fare atti

di disposizione, non della sostanza capitale, ma delle rendite dei beni amministrati, quali sono gli atti di alienazione dei frutti, di riscossione dei redditi, di locazioni a non lungo tempo, ed altri.

Nulla dunque di più ragionevole, che il tutore possa eziandio con uguale libertà, entro gli stessi limiti e relativamente a tali oggetti, porre fine ad una lite pendente mediante la delazione del giuramento decisorio alla parte avversa, quantunque quest'atto contenga veramente una disposizione indiretta ed eventuale di ciò che forma oggetto di controversia.

Il giudizio verte, per esempio, intorno ad una locazione a breve tempo, che altri pretende di aver convenuto col tutore, o intorno ad un pagamento di fitti che sostiene di avergli fatto. Il tutore, che aveva il potere di convenire quella locazione, che potrebbe anche attualmente fare atto valido di ricognizione della esistenza di quel contratto, il tutore che aveva qualità per riscuotere quei fitti, e che se li ha riscossi rimane tenuto a darne conto al minore, perchè non potrà definire la lite facendone dipendere la decisione dalla coscienza della controparte, deferendole giuramento decisorio? In fine da quest'atto, sia pure di disposizione eventuale di diritti, che il tutore faccia, il peggio che possa risultarne pel minore, sarà di porlo in quelle identiche condizioni che dall'esercizio legittimo dei poteri del tutore potevano derivargli.

In tutto ciò, per altro, abbiamo supposto sempre finora che gli atti od i fatti formanti oggetto della contestazione giudiziale, in cui il tutore voglia deferire alla controparte il giuramento decisorio, siano stati compiuti personalmente dal tutore medesimo nell'esercizio della sua amministrazione, nella quale egli duri tuttora; distinguendo il caso che quegli atti o fatti stessero entro i limiti dei poteri legali del tutore, dall'altro in cui li eccedessero. Chè se invece si trattasse di affari anteriori all'aprimento della tutela ed attribuibili all'autore del minorenne, od anche posteriori,

ma relativi alla gestione d'un precedente tutore, tutti i ragionamenti che ci è sembrato di poter fare mancherebbero evidentemente di applicabilità. Nè allora, se anche gli atti controversi fossero di semplice amministrazione ordinaria, stanti entro i limiti dei poteri liberi del tutore, ciò potrebbe più esercitare alcuna influenza; dal momento che la contesa non riguarderebbe l'esercizio di quei poteri da parte del tutore, che sarebbe in causa in rappresentanza del minorenne; e quand'anche la questione fosse relativa al conseguimento di rendite, siccome però le rendite accumulate in amministrazioni anteriori costituirebbero, rispetto al tutore succeduto, sostanza capitale, di cui egli non potrebbe disporre da solo, così per poterne fare quella specie di disposizione, sebbene indiretta ed eventuale, che è insita nell'atto di deferire all'altra parte contendente il giuramento decisorio, diverrebbe indispensabile, secondo le norme comuni, l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Quanto al giuramento decisorio, che la parte avversa al minore volesse deferire al tutore di lui, conviene innanzi tutto distinguere, se il tutore sia stato citato in causa in questa sola qualità, od inoltre in nome proprio, pei vincoli personali di obbligazione, che può avere assunti verso l'altro contraente. In quest'ultimo caso non vi ha dubbio, che al tutore, come parte contendente in proprio nome personale, possa dalla parte avversa essere deferito il giuramento decisorio, purchè, s'intende, abbia questo a vertere *sopra un fatto specifico proprio del tutore stesso, ovvero sulla semplice notizia d'un fatto*, secondo il disposto dell'articolo 1365 cod. civ. Ed allora l'atto di tale delazione di giuramento produrrà in rapporto al tutore gli effetti d'una transazione, e la prestazione del giuramento potrà giovare anche al minore (1). Ma, al contrario, il rifiuto del tutore a prestare il giuramento, deferito a lui personalmente come parte in causa, nuocerebbe anche al minore da lui pure

(1) V. Laurent, t. XX, n. 239.

rappresentato nello stesso giudizio? La risposta a tale quesito dipende dalla risoluzione d'un altro più generale: se, cioè, sia lecito a chi contende in giudizio contro un minore, di deferire giuramento decisorio al tutore che lo rappresenta, e se questi possa rispondervi senza bisogno d'essere autorizzato dal consiglio di famiglia. Al quale proposito troviamo affermato da un nostro scrittore che, " ove il " giuramento deferito presenti questi estremi, d'essere " sopra un fatto specifico proprio di colui al quale si deferisce, ovvero sulla semplice notizia di un fatto, nè il " tutore nè il consiglio di famiglia possono impedire al" l'altra parte di terminar la lite a questo modo; ond'è che " presentandosi la prestazione del deferito giuramento come " una necessità, il tutore, ove non abbia ragioni legali per " farlo dichiarare inammissibile, non ha bisogno a questo " scopo di farsi autorizzare dal consiglio.

" Che se il tutore intendesse riferire all'avversario il giu" ramento a lui deferito, egli nol potrebbe, ove non fosse " munito della debita autorizzazione, perchè riferire il giu" ramento non è necessità di difesa, ma ha l'aspetto di " una nuova transazione, che verrebbe a proporre il tu" tore „ (1).

Per verità, però, non ci sembra approvabile nè l'una nè l'altra di queste proposizioni. Dire che basti l'ammissibilità del fatto su cui si proponga il giuramento al tutore, perchè l'altra parte abbia il diritto di deferirglielo, è, a veder nostro, affermare, non dimostrare la risoluzione della questione; la quale consiste appunto nello stabilire, se, dato un fatto suscettibile di formare oggetto di giuramento decisorio, sia lecito deferire questo ad un tutore, non in nome suo personale, ma in qualità di rappresentante del minore. Distinguere poi tra i casi di accettazione e di riferimento del giuramento deferito al tutore, e richiedere per l'ultimo caso un'autorizzazione non necessaria nel primo, non lo

(1) V. Ricci, vol. I, n. 439, pag. 569.

crediamo possibile; giacchè, ritenuta legittima la delazione del giuramento, la facoltà di scegliere tra il prestarlo e il riferirlo è di diritto, è un omaggio dovuto alla coscienza della persona, la cui libera determinazione in proposito non potrebb'essere menomata sottoponendola, quanto al riferimento, all'autorizzazione altrui, sicchè questa mancando fosse costretta a giurare.

Pel resto la dottrina è ben altro che favorevole, in via di principio generale, al concetto che basti trattarsi d'un fatto proprio personalmente del tutore, od a lui noto, per dar diritto alla parte contraria di deferirgli su quel fatto il giuramento decisorio. Chè anzi è ammesso comunemente che “ il giuramento non può essere deferito fuorchè a colui “ che sia in causa in proprio nome personale, e non a chi “ non faccia che rappresentare in giustizia l'una delle “ parti. Così non può essere deferito il giuramento ai tutori, “ agli amministratori d'un Comune o d'uno stabilimento “ pubblico, ai sindaci d'un fallimento „ (1). Solo pel caso in cui formino oggetto della contestazione giudiziale e del deferito giuramento decisorio atti o fatti compresi nella libera amministrazione del tutore, pei quali pertanto sia lecito a lui di obbligare il minore, senza bisogno di riportare autorizzazione del consiglio di famiglia, è opinione di alcuni dei citati autori che l'avversario del minore possa anche deferire al tutore, quale rappresentante di lui, il giuramento decisorio, purchè si tratti d'atti personali al tutore stesso, che sia tuttora in esercizio dell'ufficio suo (2).

È questa la teoria che a noi sembra vera; e appena ci occorre di richiamarne le ragioni, le quali sono in fondo le stesse già dimostrate in ordine al giuramento decisorio, che il tutore deferisca all'altra parte contendente.

In principio generale è inevitabile riconoscere, che non può esser lecito a chi sostenga un giudizio contro un minore

(1) V. Zachariae, t. III, § 753, n. 5, e gli autori ivi citati; Demolombe, t. VII, n. 690; Aubry et Rau, t. I, § 114; Laurent, t. XX, n. 239.

(2) V. Demolombe, t. VII, n. 693; Aubry et Rau, l. c.

di por fine alla lite col deferire giuramento decisorio al tutore in tale qualità; poichè l'effetto di quest'atto, sia che il tutore accetti o riferisca il giuramento, porta seco necessariamente una disposizione di diritti, sebbene indiretta e condizionale, che eccede i poteri del tutore stesso.

Questo principio deve ricevere indubbiamente applicazione, e ne è anzi il caso più ovvio, allorchè formino oggetto di contestazione affari non dipendenti dall'amministrazione del tutore stesso a cui si deferirebbe il giuramento, ma già prima attinenti al patrimonio del minorenne, e procedenti dall'autore di lui, o dalla gestione di un tutore precedente.

Se poi si contenda di questioni riferentisi all'amministrazione del tutore stesso, che in tale qualità sia in causa, ma negli atti o fatti formanti oggetto di controversia non potesse egli, a norma di legge, procedere senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che di fatto non fosse intervenuta, vi è anzi una ragione di più per escludere la possibilità di deferire giuramento decisorio al tutore; poichè la disposizione di diritti ch'egli verrebbe condizionalmente a fare, sia che accettasse o che riferisse il giuramento, riescirebbe inoltre a pregiudizio dell'azione di nullità spettante al minore contro l'atto illegalmente compiuto per mancanza della richiesta formalità abilitante.

Ma se, all'opposto, si tratti di atti o fatti personali al tutore, che in tale qualità sia in causa, relativi all'esercizio della stessa amministrazione tutelare ch'egli tuttora conservi, e d'altra parte compresi, a norma di legge, nella libera amministrazione del tutore stesso, e indipendenti dall'autorizzazione del consiglio di famiglia, come il tutore ha potuto obbligare con quegli atti il minore, come potrebbe obbligarlo anche attualmente col far di nuovo quegli atti o col riconoscerli come preesistenti, nulla sembra ostare a che lo vincoli del pari colle conseguenze del propostogli giuramento, che pertanto dovrebbe reputarsi legittimamente deferito.

In queste idee ci sembra concordi sostanzialmente un esimio commentatore del nostro codice, poichè dice:

“ Il tutore può esser costretto a giurare *sopra fatti suoi* “ *proprii*, che, essendo veri, *sarebbero obbligatorii per il suo* “ *tutelato*. È ben chiaro che qualora il fatto non fosse obbli- “ gatorio in quanto il tutore non avesse facoltà, non si “ potrebbe neppure deferire il giuramento, riducendosi la “ prova a non avere alcun effetto. Se il tutore, *in materia* “ *circa la quale può disporre*, ha fatto una promessa, come “ sarebbe quella di accordar tempo al pagamento del prezzo “ convenuto di una partita di grano venduta ad un terzo, “ il tutore giurando la verità della promessa obbliga il “ minore, mentre non fa che affermare per la verità il fatto “ proprio „. E prosegue dicendo, ciò posto, che per rispondere al giuramento in tal caso il tutore non può abbisognare dell'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

217. Abbiam parlato finora dei poteri del tutore nel difendere il suo rappresentato dalle azioni che altri intenti contro di lui. Ma vi è ancora da fare l'ipotesi della soccombenza che tocchi al minore in alcuno dei gradi di giurisdizione che può percorrere la causa, per determinare se le facoltà libere del tutore si estendano anche a ricorrere ai mezzi ordinari o straordinari d'impugnazione delle sentenze che siano intervenute, ovvero gli occorra a tal uopo di dover riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia, come se si trattasse di promuovere azioni in giudizio.

La questione fu trattata in diritto francese a riguardo specialmente dell'appellazione da interporsi contro sentenze pronunciate in danno del minore; e poche altre hanno sollevata tanta discordia di opinioni quanta se n'è manifestata in questa.

Vi fu chi ritenne non necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia per proporre appello da una sentenza

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 630, pag. 1005.

che avesse condannato il minore convenuto, mentre al contrario tale autorizzazione fosse indispensabile al tutore che rappresentasse in giudizio il minorenne come attore (1).

Altri pensò all'opposto che il tutore abbisognasse di autorizzazione per appellare in qualità di convenuto, e non di attore, bastandogli a ciò d'essere stato autorizzato a promuovere la lite (2).

Una terza opinione reputa che il tutore non abbia d'uopo di farsi autorizzare per interporre appello, sia che stando in giudizio come attore abbia ottenuta la debita autorizzazione per introdurre la lite, senzachè tale autorizzazione fosse espressamente ristretta al primo grado di giurisdizione, sia che standovi come convenuto abbia facoltà dalla legge stessa di difendere con tutti i mezzi il minore (3).

Una quarta opinione vuole invece sottoposto il tutore alla necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per potere appellare, sia che rappresenti il minore come attore o come convenuto, a meno che nel primo caso l'autorizzazione a stare in giudizio sia stata espressamente conceduta per tutti i gradi di giurisdizione (4).

Limitandoci per ora ad esaminare il solo caso che il minore figuri in giudizio come convenuto, ci sembra che la teoria, secondo la quale si vorrebbe imporre al tutore l'obbligo di riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia per potere appellare, parta da un principio vero, ma lo esageri e generalizzi troppo, conducendosi così a conseguenze inesatte. Il fondamento della dottrina contraria sta nella considerazione che coll'appello non si eserciti veramente una nuova azione, non si promuova un nuovo giudizio, ma semplicemente si continui dal convenuto che lo interponga, la stessa difesa da lui soste-

(1) V. Talandier, *Traité de l'appel*, n. 26.
(2) V. De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 619.
(3) V. Demolombe, t. VII, n. 713; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 9.
(4) V. Laurent, t. V, n. 83, pag. 94.

nuta in primo grado. Ora, si dice, ciò non è vero. “ Perchè si denomina l'appello una seconda istanza? “ Perchè si fa luogo realmente ad una nuova discussione “ della causa, riguardandosi come annientata la sentenza “ resa in prima istanza. E non sarà quindi necessario un “ nuovo esame quando si tratti di un incapace? Il tutore “ può difendere senza bisogno di autorizzazione il mino- “ renne nel primo grado di giurisdizione; ma se soccombe “ ed interpone appellazione, non è questa un'azione che “ egli intenta contro colui che ha ottenuto vittoria in “ prima sede, e non si rende egli dunque attore? È certo “ almeno che la sua posizione non è più la stessa, che vi “ è una decisione giudiziale contro di lui, e che è quindi “ opportuno l'intervento d'un'autorità imparziale, la quale “ esamini se il minore abbia interesse a che si prosegua “ la lite „ (1).

Che il giudizio di appello costituisca una seconda istanza, facendosi luogo a riesame intiero della contestazione, che quindi l'appellante assuma, quanto alla forma del giudizio, la qualità di attore nel secondo grado, non è possibile negarlo. Ma questa qualità assume egli, solo appunto nella forma del giudizio, ed in quanto impugna la sentenza dei primi giudici; mentre in riguardo all'intrinseco della controversia le parti rispettive dei contendenti, non che essere invertite, rimangono in tutto immutate, nè certo l'appellante propugna un'azione diretta a sostenere un diritto da lui preteso contro l'avversario, ma intende unicamente a mantenersi immune dalle pretensioni che altri accampi contro di lui, a conservare quel possesso di beni o quella libertà di obbligazioni, che coll'azione promossa dall'avversario gli si voleva togliere, che colla sentenza impugnata gli si era negato. In questo stato di cose, non sussistono forse, nel secondo, come nel primo grado di giurisdizione, gli stessi motivi per

(1) V. Laurent, l. c.

lasciar libero il tutore nel sostenere le ragioni del minore convenuto in giudizio, per non vincolarlo alla necessità di riportare un'autorizzazione del consiglio di famiglia? Non è vero anche qui che non si riproduce il pericolo, temuto nel caso di azioni da promuoversi pel minore, ch'esse vengano intentate prematuramente, non avendo ancora in pronto i mezzi opportuni a dimostrarne il fondamento, e si pregiudichino in tal modo irreparabilmente diritti che pure realmente esisterebbero a pro del minore? Non è vero che data la necessità di difendersi contro le azioni intentate da altri, è buono e ragionevole il lasciar luogo alla difesa con tutti i mezzi possibili, e fino all'estremo punto in cui è lecito sostenerla, e che, supposto pure che convenisse meglio accettare la sentenza pronunziata dai primi giudici, tutto il male derivabile da un contegno contrario del tutore riducendosi al rimborso delle spese ed al risarcimento dei danni, non vi è paragone possibile con quello che potrebbe provenire dal pregiudicare diritti realmente esistenti del minore con un'azione inopportunamente intentata? Non si può contraddire all'osservazione che la posizione del minore sia grandemente mutata dopo l'emanazione d'una pronunzia giudiziale contro di lui. Ma, volendo pur concedere che fosse perciò opportuno all'interesse del minore l'imporre che prima di promuoverne appellazione dovesse interpellarsi il consiglio di famiglia, affinchè esaminasse di nuovo le ragioni del minore e giudicasse della convenienza, o non, d'impegnarlo nelle spese d'una istanza d'appello, l'ordinare ciò sarebbe spettato al legislatore, non all'interprete; il quale, trovando prescritta l'autorizzazione del consiglio di famiglia solo pel caso che si tratti di *promuovere azioni in giudizio*, non potrebbe senza arbitrio estenderne la necessità all'appellazione da una sentenza pronunciata contro il minore convenuto. È mai possibile dire *che promuova un'azione in giudizio* chi intenta l'appello unicamente per combattere in secondo grado di giurisdizione l'azione altrui?

Così pertanto reputiamo fondata l'opinione, che d'altronde è la più generale, potersi dal tutore, convenuto in giudizio in rappresentanza del minore, appellare dalla sentenza che abbia condannato quest'ultimo senza bisogno d'esservi autorizzato dal consiglio di famiglia; e la stessa massima crediamo doversi estendere, per identità di ragioni, a tutti i mezzi sì ordinari che straordinari ammessi dalla legge per impugnare le sentenze.

Ma un altro dubbio rimane ancora in senso inverso. Sarà in facoltà del tutore di accettare, senza autorizzazione, una sentenza che sia stata pronunciata contro il minore convenuto, o di rinunziare alla impugnazione che già ne avesse fatta con uno dei mezzi ammessi dalla legge? Notiamo che l'una di queste cose può considerarsi come equivalente all'altra; nel senso che l'accettazione espressa o tacita d'una sentenza importa rinunzia al diritto d'impugnarla (art. 465, § ult., cod. proc. civ.), e che rinunziandosi alla impugnazione promossa coi mezzi di legge, si può attribuire alla sentenza l'autorità irretrattabile di cosa giudicata. Il quesito si risolve quindi in quest'altro: l'atto o il fatto con cui il tutore rinunzi in nome del minore alla impugnazione d'una sentenza pronunciata contro di lui, convenuto, ha piena efficacia in danno del minore stesso, per attribuire a quella sentenza l'autorità irretrattabile della cosa giudicata, non ostante che non sia intervenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia? Ma la enunciazione stessa di tale quesito ci sembra che contenga in sè gli elementi evidenti della sua risoluzione negativa, qualora l'oggetto della contestazione sia tale che a norma dell'art. 296 del codice civile sia vietato al tutore di disporne senza l'autorizzazione del predetto consiglio. Se infatti il tutore attribuisce mediante un atto o fatto positivo proprio l'autorità irretrattabile di cosa giudicata ad una sentenza proferita contro il minore sopra uno di tali oggetti, egli viene manifestamente, sebbene indirettamente, a fare sovra diritti del minore una disposi-

zione eccedente i proprii poteri legali, conferendo irrevocabilmente all'attore quelle ragioni che ancora non gli erano immutabilmente assicurate da una sentenza tuttora soggetta a mezzi d'impugnazione.

D'altronde quest'accettazione della sentenza, questa rinunzia ad impugnarla, che altro è, se non un'adesione all'istanza dell'attore? Divengono dunque applicabili le stesse considerazioni, per le quali vedemmo doversi considerare come ammissibile una tale adesione solamente quando l'istanza a cui il tutore si acquieti abbia per oggetto affari nei quali il tutore medesimo sia libero nell'azione sua indipendentemente dall'autorizzazione del consiglio (1).

Contro questa massima fu fatta una obbiezione, il cui valore sembra a primo aspetto assai grave, ma che poi non resiste ad una sana critica. Si osservò, che il tutore non ha bisogno di autorizzazione per astenersi dall'impugnare la sentenza coll'appellazione, o con altro dei mezzi ammessi dalla legge. E perchè dunque, si disse, non potrà egli del pari accettare espressamente la sentenza, o desistere dall'impugnazione che ne avesse fatta? Pure le ragioni della differenza si manifestano assai facilmente. Non vi è confronto di analogia tra il contegno puramente negativo del tutore che lascia trascorrere i termini utili per impugnare una sentenza, senza approfittare dei mezzi concessi all'uopo dalla legge, e il fatto positivo di accettare la sentenza stessa o di rinunziare all'impugnazione che già se ne fosse fatta.

Nel primo caso la sentenza acquista forza irretrattabile di cosa giudicata per virtù della legge stessa, nel secondo l'acquista per effetto d'un'acquiescenza diretta del tutore. Il fatto negativo di lui può essergli imputabile a colpa e renderlo quindi responsabile pel risarcimento dei danni: ma non è di regola che si ricorra all'autorizzazione del collegio famigliare per astenersi da qualche cosa, sibbene

(1) V. sopra, n. 215, pag. 993 e segg.

soltanto per emettere validamente un atto o fatto positivo. Al contrario l'accettazione espressa o tacita d'una sentenza o la rinunzia alla impugnazione già fattane, contenendo gli estremi d'una adesione alle domande dell'attore e quindi d'una disposizione dei diritti del minorenne, è naturale che non sia permessa al tutore senzachè vi sia autorizzato dal consiglio. D'altra parte la negligenza del tutore, nel non promuovere i mezzi d'impugnazione delle sentenze pronunziate contro il minore, può avere un rimedio nella vigilanza e nelle sollecitazioni del consiglio di famiglia, il quale all'estremo potrebbe anche provvedere alla remozione del tutore motivata dalla trascuratezza di lui, sicchè l'atto d'impugnazione della sentenza potesse, come non ammettente dilazione, essere fatto ancora in tempo utile dal protutore in rappresentanza del minorenne. Ma al contrario nessun riparo vi sarebbe contro il male operato dal tutore, se fosse in facoltà di lui di attribuire efficacia irretrattabile di cosa giudicata ad una sentenza soggetta ancora ai mezzi d'impugnazione, col fare un atto di accettazione della sentenza stessa o col desistere dalla impugnazione che già ne avesse fatta (1).

218. Già notammo, che oltre a concedere liberi poteri al tutore per difendere in giudizio il minorenne da qualunque azione che altri intenti contro di lui, la nostra legge annovera eziandio espressamente alcune speciali azioni, che per eccezione possono essere promosse in giudizio dal tutore in nome del suo rappresentato, senza bisogno di ottenerne prima la autorizzazione dal consiglio di famiglia. Fra queste, nel § 2 dell'articolo 296, troviamo accennate per prime le *azioni possessorie*. Del che rende ragione il carattere meramente conservatorio di esse; le quali avendo per oggetto unicamente la manu-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 684; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 25; Laurent, t. V, n. 86; Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 630, in f., pag. 1006.

tenzione o la reintegrazione del possesso in cui l'attore sia stato turbato, o di cui sia stato violentemente od occultamente spogliato, senzachè la decisione da pronunciarsi possa pregiudicare in nulla al petitorio, relativamente ai diritti che all'una od all'altra delle parti contendenti possano spettare sulle cose formanti oggetto dell'azione; ne è quindi rimosso il pericolo che la inopportuna promozione d'una lite possa compromettere il fondo di diritti realmente appartenenti al minore, pericolo che appunto costituisce il motivo per cui fu generalmente subordinato all'autorizzazione del consiglio di famiglia l'esercizio giudiziale di azioni nell'interesse del tutelato.

Nel codice Francese non trovandosi scritta una disposizione simile, ed essendo d'altra parte stabilito generalmente nell'art. 464 " che nessun tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, potesse intentare in " giudizio *un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni* " *stabili* ", mentre anche le azioni possessorie erano da considerarsi per natura loro come immobiliari, poteva essere contestabile se anche per l'esercizio di tali azioni fosse da reputarsi necessaria l'autorizzazione del consiglio. E in questo senso eranvi infatti opinioni autorevolissime (1); sebbene la maggioranza degli autori insegnasse la massima contraria (2), che fu poi adottata espressamente nel nostro codice.

La generalità stessa di questa disposizione, e più ancora i suoi motivi, fanno certo ch'essa si estende a qualunque azione possessoria, senza distinguere se abbia per oggetto la manutenzione del possesso annuale, in cui il minore sia stato molestato, sia relativamente ad un immobile o ad un diritto reale immobiliare, sia relativamente ad una

(1) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, p. III, n. 479; Delvincourt, t. I, libro I, t. X, § II, n. 5, pag. 301; Carré, *Traité de la compét.*, t. II, n. 428.

(2) V. Duranton, t. III, n. 571; Demolombe, t. VII, n. 688; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 8, e gli altri autori ivi citati.

universalità di mobili, od abbia per oggetto la reintegrazione nel possesso, di cui il minore sia stato violentemente od occultamente spogliato, di qualunque bene o mobile o immobile; secondo le disposizioni degli art. 694 e 695 codice civile.

219. Tra le azioni possessorie non sarebbero comprese veramente a rigore le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto, delle quali è parlato negli art. 698 e 699; poichè dalle possessorie vere e proprie si differenziano per caratteri essenziali e sono infatti tenute distinte dalla legge stessa nella disposizione dell'art. 82 del cod. di proc. civile (n. 2 e 3).

Tuttavia, in conformità dei principii che altra volta accennammo (1), non potendosi a nostro avviso riguardare come assolutamente tassative le disposizioni contenute nell'art. 296 del cod. civ., non esitiamo ad ammettere, secondo l'insegnamento di due illustri autori nostri, che anche le azioni in denunzia di nuova opera e per danno temuto possano essere promosse in giudizio dal tutore senza bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia (2). Certo è infatti che l'analogia tra queste speciali azioni e le possessorie vere e proprie non potrebb'essere più manifesta e più intima; che appunto perciò anche di quelle azioni tratta il codice civile nel titolo stesso del possesso; che poi concorrono eminentemente per esse pure quei motivi medesimi, che fecero dispensare da autorizzazione il tutore per agire in via possessoria, giacchè portano impresso non meno manifestamente delle altre il carattere puramente conservatorio, nè il loro esercizio e la sentenza che sovr'esse venga pronunciata può mai arrecare verun pregiudizio ai diritti che al minore competano sui beni in ragione dei quali si esercitano tali azioni; tutto

(1) V. sopra, n. 213, pag. 987, 990.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, pag. 629, § 1003; Paoli, *La tutela*, n. 126.

limitandosi ad ottenere, o no, che sia vietata la continuazione della nuova opera denunciata come dannosa, o sia permessa soltanto sotto determinate cautele, o che si provveda ad ovviare il pericolo che si teme sovrastante ad una cosa del minore per altra appartenente al convenuto, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili.

Il Borsari opina eziandio che la stessa disposizione recata dall'art. 296 in riguardo alle azioni possessorie sia estensibile alle altre azioni enumerate nell'art. 82 del cod. di proc. civ. come appartenenti alla competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè siano proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine. Quest'ultima condizione stessa costituisce infatti un punto di analogia fra le dette azioni e le possessorie. Ma inoltre, a parte l'*azione di sfratto per locazione finita*, di cui è cenno nell'ultimo numero di detto art. 82, e rispetto alla quale non potrebbe dubitarsi della facoltà libera di promuoverla, occorrendo, in giudizio senza bisogno di alcuna autorizzazione, trattandosi di cosa attinente alla semplice amministrazione ordinaria, le altre azioni ivi contemplate *per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante e ai frutti, e quelle dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti ed usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi*, hanno comune colle possessorie il carattere conservatorio, e la immunità da ogni pericolo che in conseguenza del giudizio promosso rimangano pregiudicati diritti attinenti alla sostanza patrimoniale del minore, che costituiscono appunto i motivi pei quali fu ammesso che le azioni possessorie possano essere intentate dal tutore senza bisogno d'esservi autorizzato. La conclusione dedotta dal lodato autore ci sembra dunque chiara e perfettamente conforme ai principii che regolano questa materia (1).

(1) V. anche Paoli, *La tutela*, n. 128.

220. Vi è un'altra azione, intorno a cui può nascer dubbio se sia applicabile per analogia la disposizione recata dall'art. 296 cod. civ. per le azioni possessorie; ed è quella per la quale, com'è riconosciuto nell'art. 441 dello stesso codice, " ogni proprietario può obbligare il suo " vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro " proprietà contigue „.

Quest'azione può assumere il carattere vero e proprio di rivendicatoria, qualora chi la eserciti pretenda essere stata commessa dal vicino qualche usurpazione di terreno appartenente al proprio fondo, e chieda perciò che l'apposizione dei termini si faccia in base d'una linea separativa dei due fondi, diversa da quella che corrisponderebbe al rispettivo possesso attuale. Può ad ogni modo contenere una questione di proprietà, se la linea separativa dei due fondi non essendo chiaramente e sicuramente determinata nei titoli rispettivi dei proprietari, coll'azione *per lo stabilimento dei confini* si eserciti cumulativamente l'altra *pel regolamento* di essi.

In tali casi è chiaro, che contendendosi intorno alla proprietà d'una porzione dei fondi confinanti, non è possibile trovare in simili azioni un'analogia con quelle semplicemente possessorie, la quale giustifichi l'applicazione alle une come alle altre della medesima norma, che permette al tutore di agire in giudizio a nome del tutelato senzachè gli occorra di chiederne ed ottenerne autorizzazione dal consiglio di famiglia.

Ma se all'opposto l'azione non abbia veramente altro oggetto che la semplice apposizione materiale dei termini, senzachè vi si accumuli nè una rivendicazione di terreno, che si pretenda essere stato usurpato dal vicino, nè una azione in delimitazione, in regolamento dei confini, essendo determinata senza contestazione tra le parti la linea separativa dei due fondi, e trattandosi solo di renderla stabilmente manifesta col mezzo di segni apparenti e conformi agli usi locali, sembra altrettanto chiaro che la domanda

assuma allora il carattere d'un atto meramente conservatorio, di semplice amministrazione ordinaria, non compromettente in alcun modo i diritti patrimoniali del minore, diretto anzi unicamente ad assicurarli contro ogni usurpazione altrui; sicchè, e pei principii generali, che attribuiscono al tutore poteri esclusivi e liberi per quanto concerna l'amministrazione semplice, e per intima analogia colla disposizione espressa della legge in materia di azioni possessorie, debba ammettersi il tutore a poter promuovere l'azione in giudizio senza necessità di farsi autorizzare dal consiglio (1).

221. Un'altra categoria di azioni, che la legge espressamente esime dall'autorizzazione del consiglio di famiglia, comprende *tutte le questioni relative al conseguimento delle rendite*. Nè veramente occorrono a questo riguardo parole di dimostrazione; troppo chiaro essendo che, poichè la realizzazione e la riscossione dei frutti di qualunque specie, che il patrimonio del minore può rendere, fanno parte della semplice amministrazione ordinaria, e questa è, per massima, affidata liberamente al tutore, senza vincolarlo ad alcuna dipendenza da autorizzazione altrui, era conseguente che altrettanto libero si dovesse lasciargli l'esercizio giudiziale delle azioni necessarie per conseguire quello scopo di realizzare e riscuotere i redditi. Il quale scopo finale pensiamo che debba costituire l'estremo per determinare i limiti di applicazione di questa disposizione di legge; come ci sembra conforme anche alla letterale espressione di esso, che infatti non parla di *azioni aventi per oggetto la riscossione dei redditi*, ma di *questioni relative al conseguimento delle rendite*; per comprendervi tutto ciò che tendendo anche indirettamente soltanto a procacciare la produzione dei frutti di cui i beni del minore siano suscettibili, ed a realizzare ed incassare il valore corrispondente

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 689.

ai frutti medesimi, cada entro i limiti della semplice amministrazione ordinaria. Così, se insorgesse controversia intorno a locazioni d'opera pei lavori necessari alla coltivazione dei fondi appartenenti al minore, o intorno alla durata od ai patti d'un contratto di locazione a breve tempo o di mezzadria, reputeremmo essersi nei casi contemplati dalla legge, di *questioni relative a conseguimento delle rendite*, non meno che se fosse da promuoversi azione giudiziale pel pagamento dei fitti che fossero stati convenuti. Solo potrebb'esservi ragione di dubitarne qualora si trattasse della esecuzione di patti relativi a miglioramenti che il conduttore o mezzaiuolo dovrebbe fare nei fondi locati. E nondimeno propenderemmo ancora a ritenere che in tal caso pure l'azione potesse riguardarsi come relativa al conseguimento delle rendite, sicchè il tutore potrebbe promuoverla in giudizio indipendentemente da autorizzazione del consiglio; giacchè, in fondo, tutto ciò che il conduttore si obbliga a prestare rappresenta le rendite del fondo locato, a conseguire le quali, sotto la pattuita forma di miglioramento allo stabile, tenderebbe quindi l'azione esercitata dal tutore.

Crediamo pure che per intima analogia colla disposizione di legge concernente le questioni relative al conseguimento delle rendite, e in applicazione eziandio dei principii generali riguardanti gli atti che stiano entro i limiti della semplice amministrazione ordinaria, dovrebbe considerarsi come libero il tutore nell'esercizio di tutte quelle azioni, il cui oggetto non eccedesse appunto quei limiti; come, per esempio, se si trattasse di far eseguire un contratto d'acquisto di oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio, o di vendita di mobili soggetti a facile deterioramento. Come il tutore non è soggetto, giusta il disposto del § 1 dell'art. 296, all'adempimento d'alcuna forma abilitante per stipulare tali contratti, così dev'essere per coerenza indipendente del pari nell'esercitare le azioni tendenti a costringere l'altra parte contraente a darvi esecuzione.

222. L'art. 296 colle ultime sue parole riserva i *casi di urgenza*, nei quali riconosce nel tutore la facoltà, indipendente da qualunque autorizzazione, di *promuovere azioni in giudizio*, quantunque non siano di quelle che in virtù delle precedenti disposizioni eccezionali del medesimo articolo possono essere esercitate dal tutore non autorizzato. Non vi è difficoltà a comprendere i motivi di questa nuova limitazione alla regola generale, che obbliga il tutore a farsi autorizzare dal consiglio per promuovere azioni in giudizio. Questa regola non è introdotta nell'interesse di altri che del minore; e la sua applicazione riescirebbe ad un effetto evidentemente contrario, se si estendesse anche ai casi di urgenza, non ostante la quale bisognasse attendere la deliberazione del consiglio di famiglia, lasciando frattanto in sofferenza, e forse esponendo a danni irreparabili l'interesse del minore. Da ciò è pur facile argomentare come debba intendersi quella urgenza che nella citata disposizione è contemplata. Dovranno considerarsi come casi di urgenza quelli, nei quali il ritardo a promuovere l'azione giudiziale, in attesa della convocazione e deliberazione del consiglio di famiglia, arrecherebbe perdita o deteriorazione in ciò che forma oggetto dei diritti del minore, o in qualunque altro modo pregiudicherebbe al di lui interesse. Il che d'altro lato rivela un manifesto punto di contatto tra i *casi di urgenza*, di cui parla l'art. 296, e gli *atti conservatorii* dei diritti del minore, atti che attenendosi per la intrinseca natura loro alla semplice amministrazione ordinaria, sono quindi in virtù dei principii generali, e indipendentemente da espressa disposizione di legge, in piena e libera facoltà del tutore, potendo appunto l'urgenza dipendere dalla necessità di conservare i diritti del minore mediante la introduzione immediata d'un'azione giudiziale.

È atto conservatorio, per esempio, l'interrompere una prescrizione estintiva d'un credito od altro diritto del minore; e ciò non solo per quelle brevi prescrizioni che corrono anche contro i minori (art. 2145 codice civile), ma

eziandio per quelle che durante la minore età del creditore od altro avente diritto rimangono in sospeso (art. 2120 cod. civ.); perchè anche in tal caso l'interruzione della prescrizione ha sempre l'effetto di far considerare come inutile tutto il tempo decorso precedentemente. Ma trattandosi d'una di quelle brevi prescrizioni, di cui non è ammessa la sospensione a pro dei minori, può essere urgente l'interromperla, essendone prossimo a scadere il termine, e può d'altronde esser caso di dover operare la interruzione civile della prescrizione col promuovere una domanda giudiziale. Allora pertanto il caso di urgenza contemplato dall'art. 296 si verificherà per un atto conservatorio dei diritti del minore.

Con tutto ciò non è da pensare che urgenza e carattere conservatorio d'un atto introduttivo di lite siano cose che assolutamente si confondano e s'identifichino l'una con l'altra.

Interrompere con una domanda giudiziale una prescrizione ordinaria, il cui corso rimane sospeso pel minore, è sempre un atto conservatorio dei diritti di lui, sebbene non possa comunemente considerarsi come urgente, atteso appunto alla sospensione; e tuttavia, precisamente perchè è atto conservatorio, potrebbe il tutore farlo da solo, in virtù dei principii generali che regolano l'esercizio dei poteri suoi.

Può essere urgente l'introdurre una domanda giudiziale contro un debitore, che sia in pericolo prossimo di divenire insolvente, a fine anche di ottenere a pro del minore la ipoteca giudiziale; eppure non potrebb'essere caratterizzato come atto semplicemente conservatorio questo, che tenderebbe all'esercizio effettivo delle ragioni creditorie del minore. Ma appunto perchè si verserebbe in un caso d'urgenza, il tutore potrebbe promuovere da solo l'azione in giudizio, se non in forza dei principii generali, per la espressa disposizione speciale dell'art. 296.

Il Presidente Baldassare Paoli, che sotto il titolo di nozioni elementari di diritto civile ci dà preziosi trattati,

nei quali, con rara maestria, con invidiabile limpidezza ed attraenza di dettato, delinea i principii fondamentali della scienza nostra, parlando di questo argomento non ha mancato di avvertire l'accennata distinzione; avendo egli considerato come casi separati d'atti giudiziali, pei quali il tutore non ha bisogno d'autorizzazione, quelli degli atti che hanno natura di *conservatorii*, e quelli *di urgenza* (1).

Importa ancora il ritenere, come almeno a noi sembra, che la facoltà del tutore di promuovere, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, azioni in giudizio, come atti conservatorii o per casi di urgenza, non possa estendersi a dispensarlo dal riportare una tale autorizzazione nel corso del giudizio medesimo, se non in quanto sia reso necessario dallo scopo stesso di conservare i diritti del minore, o dall'urgenza.

Trattasi, per esempio, d'un sequestro conservativo, che in uno dei casi indicati dall'art. 924 del cod. di proc. civ. vien domandato nell'interesse del minore, epperò si versa in materia d'atti giudiziali in cui si verifica eminentemente il carattere conservatorio; oppure si è nel caso, sopra figurato, della urgenza di agire contro un debitore prossimo a divenire insolvente. È troppo chiaro che lo scopo conservatorio nel primo caso non si otterrebbe, se non si potesse arrivare, senza che ritardi si frapponessero, fino alla conferma del sequestro; che all'urgenza del secondo caso non sarebbe soddisfatto qualora non si potesse giungere colla maggiore rapidità possibile fino alla pronunciazione della sentenza di condanna del debitore. Non sarebbe dunque ammissibile una sospensione del procedimento, per dare al tutore un termine onde procurarsi dal consiglio di famiglia l'autorizzazione a proseguire nel procedimento.

Ma trattasi invece d'una domanda giudiziale promossa nell'interesse del minore, allo scopo specialmente d'interrompere in pro di lui il corso d'una prescrizione estintiva

(1) V. Paoli, *La tutela, ecc.*, ni 1, 127, 128, pag. 79-80.

d'un suo credito o d'un suo diritto; e se la prescrizione è l'ordinaria, che rimane in sospeso durante la minore età della persona contro cui dovrebbe correre, lo scopo dell'atto interruttivo è puramente conservatorio; se invece si tratta d'una di quelle brevi prescrizioni che corrono anche contro i minori, può essere eziandio un *caso di urgenza*. Ebbene: lo scopo conservatorio dell'atto è ottenuto, alla urgenza è soddisfatto colla semplice intimazione della domanda giudiziale. Basta solo ch'essa non cada in perenzione, perchè tutto il tempo decorso anteriormente abbia a considerarsi di niuno effetto per la prescrizione. L'intimato non potrebbe certamente opporre la nullità di quella domanda per difetto di deliberazione autorizzante, da parte del consiglio di famiglia, onde dedurne che la prescrizione dovesse aversi come non interrotta. Non lo potrebbe, perchè a norma dell'art. 2128 è solo la nullità per incompetenza dell'ufficiale che ha eseguita la citazione o intimazione, o per difetto di forma, non quella per incapacità della parte, che fa considerare l'interruzione come non avvenuta; non lo potrebbe, perchè, se nullità vi fosse, sarebbe una nullità puramente relativa al minore, non opponibile dal terzo; ma più di tutto non lo potrebbe perchè il tutore non è incapace a promuovere da solo un'azione in giudizio, quando lo scopo dell'atto sia di conservare i diritti del minore, o quando si versi in caso di urgenza.

Ma nè lo scopo conservatorio, nè la urgenza richiedono poi che si continui e si conduca a termine il giudizio senza che intervenga l'autorizzazione del consiglio di famiglia al tutore che lo ha promosso. Il citato potrà dunque rifiutarsi a proseguire oltre, ed invocare la prefissione d'un termine al tutore per procurarsi l'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 687.

223. Resta a vedersi se nei casi di eccezione, in cui la legge ammette il tutore a potere liberamente promuovere certe azioni in giudizio, possa egli considerarsi come assolutamente padrone della lite, così da poterne senz'alcuna autorizzazione recedere, e qualora sia pronunciata sentenza contraria alla istanza proposta nell'interesse del minore, accettarla, o dopo averla impugnata recedere dall'appellazione interposta. E prima, quanto al recesso dalla lite, la dottrina si riferisce alla distinzione, che è da farsi tra il recesso riguardante unicamente la procedura, che dalla nostra legge è contraddistinto colla denominazione di *rinunzia agli atti del giudizio*, e quello che concerna invece il merito della causa, il diritto stesso formante oggetto di controversia. La semplice rinunzia agli atti del giudizio, quantunque accettata dall'altra parte, non produce altri effetti che quelli della perenzione (art. 345 proc. civ.); epperò rende nulla la procedura, ma non estingue l'azione, la quale pertanto può essere riproposta in un nuovo giudizio. È dunque naturale che nei casi in cui il tutore ha potuto promuovere la istanza senza esservi autorizzato, possa del pari liberamente abbandonarla. Ciò è anche conforme alla disposizione dell'art. 343, § 2, cod. proc. civ., secondo il quale " per le persone sottoposte all'amministrazione " altrui la rinunzia non può farsi che nella forma stabilita " dalla legge per abilitarle a stare in giudizio ". Dove nessuna forma abilitante fu necessaria per introdurre la procedura, nessuna può occorrerne per arrestarla (1).

Ma se invece il recesso si riferisca al merito stesso della controversia, se si desista, non semplicemente dalla procedura, ma dall'azione, si hanno allora gli estremi d'una vera *rinunzia ai diritti del minore;* chè diritti si suppongono, quantunque litigiosi, dal momento che una contestazione giudiziale trovavasi iniziata. Ora, se sui diritti

(1) V. Aubry et Rau, t. 1, § 114, n. 22; Laurent, t. V, n. 68, pag. 79-80.

contestati del minore potrebbe darsi luogo, nelle forme stabilite dalla legge, ad una transazione, non è per altro ammissibile una rinunzia pura e semplice, senz'alcun corrispettivo, come avverrebbe nel caso. Sarebbe questo uno di quegli atti che per la stessa natura loro sono assolutamente vietati nella tutela. Nè al tutore solo, nè coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, potrebbe dunque esser lecita mai codesta desistenza, che si riferisse all'azione in sè stessa. E quando pure, trattandosi in apparenza di semplice rinunzia agli atti del giudizio, potesse però per le circostanze risultarne compromesso l'esercizio ulteriore dell'azione, come quando, interrotta colla domanda giudiziale una di quelle brevi prescrizioni che corrono anche contro i minori, la rinunzia agli atti del giudizio farebbe riguardare la interruzione stessa come non avvenuta, a norma dell'art. 2128 cod. civ., non sarebbe sotto questo aspetto opponibile al minore la rinunzia medesima (1).

Per uguali ragioni è da ritenersi eziandio che non sarebbe in facoltà del tutore, nè da solo, nè coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, di accettare la sentenza che avesse pronunciata la reiezione della domanda proposta nell'interesse del minore, o dopo averne promossa l'appellazione, che certamente sarebbe in potere libero di lui di proporre, come potè senz'alcuna autorizzazione iniziare la lite, di recedere dall'appellazione; perciocchè anche la rinunzia al diritto d'impugnazione od alla impugnazione già fatta della sentenza, che avesse respinta l'azione intentata pel minore, si convertirebbe in sostanza in una rinunzia gratuita ai diritti di lui (2). E ciò starebbe quand'anche si trattasse di *questione relativa al conseguimento delle rendite*, giacchè, se tali questioni stanno entro i limiti della semplice amministrazione, il tutore, che ha dalla legge libera facoltà nell'amministrare le rendite, non può per altro avere il potere di disporne gratuitamente in danno del minore.

(1) V. Aubry et Rau, l. c., n. 23: Laurent, l. c.
(2) V. Aubry et Rau, l. c., n. 24; Laurent, l. c.

(*b*).

Degli atti per compiere i quali il tutore dev'essere autorizzato dal consiglio di famiglia.

Sommario. — 224. Delle azioni, in generale, da promuoversi in giudizio nell'interesse del minore, e in particolare della provocazione giudiziale di divisioni. — 225. Se l'autorizzazione del consiglio di famiglia sia necessaria al tutore per continuare o riprendere una lite già promossa dall'autore del minorenne. — 226. Se il tutore, autorizzato a stare in giudizio, possa fare liberamente qualunque atto relativo ed anche deferire, accettare o riferire il giuramento decisorio. — 227. Se possa rinunziare all'azione od agli atti del giudizio promosso coll'autorizzazione del consiglio. — 228. Se possa impugnare, coi mezzi ammessi dalla legge, la sentenza pronunciata in danno del minore, o possa accettare, all'opposto, la sentenza stessa, o recedere dall'appellazione interposta. — 229. Se il tutore possa, senza esservi autorizzato specialmente, iniziare procedimenti esecutivi contro i debitori del tutelato. — 230. Dei diritti spettanti al convenuto in una lite, che sia stata promossa dal tutore senz'avere riportata l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che gli fosse necessaria.

224. A chi domandi quali siano gli atti giudiziali pei quali il tutore abbisogni dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, risponde l'art. 296 con una disposizione generale, di cui già in altro luogo accennammo i motivi e dimostrammo la estensione: il tutore, cioè, *non può promuovere alcuna azione in giudizio* senza esservi autorizzato dal consiglio predetto.

Senonchè nel precedente paragrafo del medesimo articolo trovasi accennato in ispecie ad una particolare azione che al tutore non autorizzato è parimente proibito di promuovere; essendovi detto che il tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia *non può provocare giudizialmente divisioni*. Fu in ciò seguìto l'esempio del codice francese, che all'art. 465 stabiliva pure essere necessaria l'autorizzazione al tutore *per provocare ad una divisione*. Della quale disposizione speciale ed espressa eravi però in quel codice una ragione particolare, inquantochè il pre-

cedente articolo 464 limitava alle sole *azioni relative ai diritti del minore sopra beni stabili* la proibizione al tutore non autorizzato d'intentarle in giudizio. Ora, la dottrina riteneva, ed era conforme alla generalità del testo dell'articolo 465, specialmente in confronto della distinzione fatta nell'articolo 464 rispetto alle azioni in genere, ed era anche giustificato da plausibili motivi che tra poco accenneremo, essere invece indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè il tutore potesse provocare giudizialmente una divisione, senza distinguere se essa fosse mobiliare o immobiliare, quand'anche di soli beni mobili si componesse la sostanza da dividersi tra il minore ed altri condomini. Da ciò pertanto l'opportunità di fare per l'azione di divisione quella disposizione a parte che trovavasi nell'art. 465 del codice francese.

Ma nel codice italiano essendosi invece generalizzato col richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia per qualunque azione da promuoversi in giudizio, non sarebbe stata veramente indispensabile una disposizione apposita e particolare relativamente all'azione di divisione; e appena se ne può scorgere forse una qualche utilità nell'essersi così prevenuto ogni dubbio, che potesse insorgere dipendentemente dall'indole speciale dell'azione divisionale, la quale non tende, come le altre, ad ottenere la dichiarazione giudiziale d'un diritto litigioso dell'attore, ma semplicemente a far determinare, mediante il procedimento speciale a tal uopo tracciato dalla legge, la parte materiale dei beni comuni, che debba reputarsi avere appartenuto in proprietà esclusiva a ciascuno dei comproprietari fin dall'origine della comunione.

Comunque sia, tanto sulla regola generale dell'art. 296, § 2, quanto sulla speciale disposizione del precedente paragrafo relativo all'azione divisionale, è necessario fermare qualche principio che deve regolarne particolarmente l'applicazione.

In ordine alla prima è indubitabile, come già altra volta

avemmo a notare (1), che essendo vietato indistintamente al tutore il promuovere azioni in giudizio, se non vi sia stato abilitato dall'autorità del consiglio di famiglia, sarebbe inammissibile qualunque distinzione che volesse farsi in relazione a ciò che formasse oggetto dell'azione introdotta. Sia che l'oggetto ne consista in beni mobili o immobili, il tutore è sempre ugualmente sottoposto all'autorità del consiglio di famiglia per deliberare se convenga, o no, al minorenne l'intentare quell'azione. È questa, già l'osservammo, una importante e ragionevole innovazione recata dal codice italiano a fronte delle disposizioni del codice francese e di altri che lo avevano imitato; ed essa è anche in perfetta armonia colla massima stabilita dal nostro codice rispetto all'alienazione dei beni del minore, che fu vietata al tutore non autorizzato dal consiglio di famiglia, tanto se trattisi di beni mobili, quanto di beni immobili. Molto meno potrebbero eccettuarsi da questa proibizione della legge le azioni che non avessero per oggetto i beni, ma lo stato personale del minore stesso.

È certo ancora che la generalità del disposto dell'articolo 296, § 2, in questa parte, impedirebbe di sottrarre all'applicazione di esso il caso che l'interesse del minore in una causa fosse comune ad altri coattori; sicchè la circostanza che altri maggiore di età introducesse in giudizio un'azione nella quale il minore pure avesse interesse identico, non varrebbe a dar facoltà al tutore di promuovere egli stesso quella istanza, fosse pure sotto forma d'intervento in causa, senz'averne ottenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia (2).

Per riguardo poi alla particolare, espressa disposizione di legge, che esige l'autorizzazione del consiglio di famiglia acciocchè il tutore possa provocare giudizialmente la divisione di beni che il minore abbia comuni con altri, è

(1) V. sopra, n. 212, pag. 984 e seguenti.
(1) V. DEMOLOMBE, t. VII, n. 714.

chiara la ragione per cui dovevasi imporre una tal forma abilitante; sebbene per l'indole particolare del giudizio divisionale, l'atto di promuoverlo non sia da riguardarsi come contenente per sè stesso alcun elemento di disposizione dei beni, alla cui comunione partecipi il minore, qualunque possa essere il risultamento di tale giudizio; giacchè non si disputa qui sulla esistenza, o non, di un diritto, che, quantunque in realtà fondato a pro del minore, possa lasciar luogo alla soccombenza di lui, perchè il tutore avendo intempestivamente promossa l'azione, non riesca a somministrarne la dimostrazione necessaria, ma si tratta solo d'un procedimento, che, qualunque ne sia il successo, deve condurre in ultimo alla determinazione dichiarativa di quella parte dei beni comuni che deve reputarsi aver sempre appartenuto in proprio ed esclusivamente al minore.

Ma, non ostante ciò, è pure evidente che può talvolta convenir meglio all'interesse di tutti i partecipanti di mantenere ulteriormente la comunione, per esempio, perchè non essendo i beni comuni suscettibili di commoda divisione, si renda necessario il procedere ad una vendita che si farebbe in condizioni sfavorevoli, o per altre ragioni; ond'è che se l'atto di provocare le divisioni non contiene in sè stesso e pel proprio carattere giuridico gli elementi d'una disposizione di beni, può però produrne le conseguenze egualmente dannose pel minore.

Questo motivo stesso della legge dimostra, ciò che d'altronde risulta anche dai termini assoluti del testo, come non possa ammettersi limitazione alla regola, che per provocare giudizialmente le divisioni occorra al tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia, neppure pel caso che i beni formanti oggetto della comunione siano tutti mobili; poichè anche in tal caso può verificarsi pericolo di danno pel minore dal voler fare le divisioni prima che egli giunga alla maggiore età (1). E d'altra parte, se

(1) V. Demolombe, t. VII, n[i] 682, 720, n. 2.

intorno a ciò poteva lasciar luogo a qualche dubbio il codice francese, perchè non vincolava all'autorizzazione del consiglio di famiglia, nè gli atti di disposizione di beni mobili, nè la introduzione di azioni giudiziali ad essi relative, n'è scomparso ogni pretesto sotto la legge nostra, che invece non meno pei mobili che per gl'immobili vuole autorizzato dal consiglio di famiglia il tutore affinchè possa alienarli o promuovere azioni in giudizio.

La generalità del testo e i motivi della disposizione rendono chiaro del pari che neppur può esservi differenza in ragione della causa della comunione, per la quale si tratti di procedere alle divisioni; non potendo la diversità di tal causa esercitare alcuna influenza rispetto al danno che il minore potrebbe risentire da una divisione promossa in tempo non opportuno. Così nulla importa che la comunione di beni derivi piuttosto da consuccessione del minore con altri coeredi, che da un acquisto fatto in comune, o da un contratto di società stabilito tra l'autore del minorenne ed altre persone.

Ma se l'autorizzazione del consiglio di famiglia è indispensabile sempre quando abbiano a provocarsi giudizialmente divisioni in nome del minore, all'opposto il tutore può procedere da solo qualora si tratti soltanto di rispondere ad una simile azione promossa da altri condomini contro il minore. Lo dimostra la espressione stessa del testo, che limita la sua disposizione al caso di divisioni *da provocarsi* giudizialmente. D'altronde, se vi era motivo di lasciare libero il tutore nella difesa del suo rappresentato contro le azioni, in generale, che altri gl'intentasse in giudizio, tanto più doveva ciò ammettersi nei provvedimenti di divisione; nei quali non può nemmeno farsi luogo, come negli altri casi, a deliberare se convenga meglio contestare le istanze altrui od aderirvi, ma non potendosi in massima contraddire alla domanda del partecipante alla comunione, che non può mai essere costretto a rimanere nello stato d'indivisione, resta solo di

vegliare affinchè le forme di legge siano osservate e l'interesse del minore comproprietario sia pienamente rispettato; ond'è che il richiedere un'autorizzazione del consiglio di famiglia riuscirebbe ad una completa inutilità (1).

225. Le disposizioni, che commentiamo, dell'articolo 296 cod. civ. parlano di *promuovere azioni in giudizio, di provocare divisioni giudiziali*, non di continuare procedimenti iniziati prima dell'apertura della tutela. E questa considerazione, congiunta all'altra del carattere di tali disposizioni, limitative di quel pieno potere che spetta generalmente al tutore per rappresentare il tutelato nei giudizi, come in tutti gli atti civili in generale, basterebbe già per autorizzare a ritenere, che trattandosi solo di proseguire o riprendere istanze già introdotte dall'autore del minorenne, non vi fosse bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia. In questo senso è infatti concorde la dottrina (2). E veramente anche i motivi della legge concorrono a confermarla; non essendovi più da temere una imprudenza del tutore quando non si tratta d'iniziare una lite, che potesse essere immatura a portarsi davanti ai tribunali, ma di continuare e condurre a termine quella che una persona pienamente capace, da cui il minore ha causa, aveva precedentemente intentata.

226. Il tutore, autorizzato dal consiglio di famiglia a promuovere un'azione in giudizio, può in esso, senza bisogno di speciale autorizzazione ulteriore, provocare tutti quei mezzi d'istruzione della causa, che reputi opportuni per l'interesse del minore, e fra l'altro deferire alla parte avversa interrogatorii sopra fatti relativi alla causa, o proporre querela di falso sopra documenti prodotti dal convenuto.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 720.

(2) V. Duranton, t. III, n. 583 in f.; Demolombe, t. VII, n. 712, 2; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 5.

Può eziandio deferire alla controparte il giuramento, di cui parla l'art. 2142 cod. civ., allorchè all'azione introdotta venga opposta una delle brevi prescrizioni ammesse dagli articoli 2138 al 2140 di detto codice, nonchè dagli articoli 282 e 541 del codice di commercio, per accertare, a norma delle citate disposizioni, se realmente abbia avuto luogo l'estinzione del debito; poichè la delazione del giuramento in tali casi non ha il carattere di una transazione, ma semplicemente di un mezzo di prova contrario alla presunzione di pagamento, su cui tali brevi prescrizioni esclusivamente si fondano. Nè d'altra parte una simile delazione di giuramento può mai avere per effetto di deteriorare la condizione del minore, mentre supponendone il risultamento più sfavorevole a lui, non altro può emergerne che la conferma di quella presunzione di pagamento che già è stabilita dalla legge, e in base di cui essa ammette la prescrizione (1).

Le questioni poi che possono insorgere intorno al determinare se il tutore possa con una confessione giudiziale da lui emessa vincolare l'amministrato, se possa deferire giuramento decisorio al convenuto, se questi possa a sua volta deferirlo o riferirlo al tutore, debbono essere risolte coll'applicazione degli stessi principii e delle medesime distinzioni, che dimostrammo parlando del caso che il tutore rappresenti in giudizio il minorenne nella qualità di convenuto (2). Non vi è infatti ragione alcuna di differenza; nè potrebbe indurla la circostanza che nei casi di cui ora trattiamo il tutore stia in giudizio in virtù di autorizzazione datagli dal consiglio di famiglia: giacchè il motivo fondamentale delle risoluzioni nel citato luogo adottate non era già che, rappresentando il minore come convenuto, il tutore stesse in giudizio senza quell'autorizzazione, che in tal caso non gli è per legge necessaria,

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 16.
(2) V. sopra, n. 216, pag. 998 e seguenti.

ma consisteva nell'indole stessa dell'atto con cui si deferisce, si accetta o si riferisce il giuramento, e nella incapacità del tutore a disporre dei diritti del suo amministrato; cose queste che non mutano perchè il tutore, rappresentando il minore in giudizio, figuri come attore o come convenuto, nè perchè sia, o non, autorizzato dal consiglio di famiglia a sostenere la lite.

Un punto di dubbio potrebbe trovarsi soltanto, se male non vediamo, nel caso che la controversia giudiziale avesse per oggetto atti o fatti compiuti nell'amministrazione del tutore, che è in causa in rappresentanza del minore, ma eccedenti i limiti legali dei poteri del tutore stesso; il quale, essendo autorizzato dal consiglio ad agire in giudizio, deferisse al convenuto il giuramento decisorio. Opponendo il convenuto la inammissibilità di questo giuramento, perchè deferito in materia eccedente i poteri del tutore, relativamente ad atti o fatti coi quali non gli era lecito di vincolare validamente il tutelato, non si potrebbe rispondergli che l'eccezione d'incapacità del tutore, e di conseguente nullità degli atti da lui compiuti, deve riguardarsi come puramente relativa al minore, e non può essere opposta dall'altro contraente? Il principio è incontestabilmente vero, ma l'applicazione ne sarebbe altrettanto manifestamente errata. Il convenuto, nel caso nostro, non tende colla sua eccezione a far pronunciare la nullità dell'atto o fatto controverso, per incapacità del tutore che l'avrebbe compiuto: ma della considerazione, che quando anche quell'atto o fatto esistesse realmente, il tutore non avrebbe potuto con esso vincolare validamente l'amministrato, si vale solo per argomentarne che dunque il tutore non possa neppure intorno a quell'atto o fatto deferire alla controparte il giuramento decisorio.

Ed è giusto, poichè non avendo poteri sufficienti il tutore per obbligare intorno a quel determinato oggetto il proprio rappresentato, non deve nemmeno essere ammesso a costringere l'avversario ad accettare quella proposta di

transazione, che si contiene nell'atto di deferire il giuramento, mentre il risultato di tutto ciò, se vincolasse la controparte, non potrebbe vincolar mai il minore; onde sarebbe rotta quella uguaglianza di condizioni che deve esservi tra le parti contendenti.

227. Al tutore, che autorizzato dal consiglio di famiglia abbia promossa in giudizio un'azione, è lecito il desisterne senz'avere ottenuta a tal uopo una nuova ed apposita autorizzazione? Ci occorre qui di richiamare la distinzione già segnalata altrove, tra la semplice rinunzia agli atti del giudizio e il recesso in merito; l'una che colpisce soltanto la procedura rendendola nulla, l'altro che implica rinunzia all'azione precedentemente intentata (1).

Quanto alla *rinunzia agli atti del giudizio*, abbiamo nel nostro codice di procedura civile la disposizione espressa dell'art. 343, § 2, ove è detto:

" Per le persone sottoposte all'amministrazione o assi-
" stenza altrui, la rinunzia non può farsi, nè accettarsi,
" fuorchè *nella forma stabilita dalla legge per abilitarle a*
" *stare in giudizio* „. E poichè supponiamo di trovarci in uno dei casi nei quali il tutore non è abilitato ad agire in giudizio, se non per l'autorizzazione del consiglio di famiglia, l'adempimento della medesima forma sarà dunque indispensabile eziandio per poter recedere dagli atti del giudizio, una volta ch'esso sia promosso.

Così fu risolta una questione ch'era controversa nella dottrina francese. Cospicue autorità stavano per la massima adottata poi dal nostro legislatore, fondandola sulla considerazione, che poichè la stessa promozione d'una istanza giudiziale suppone un diritto, che almeno possa essere dubbio, del minore, e poichè la importanza di tale diritto era attestata dalla necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per potere intentare giudizialmente l'azione, non dovesse dunque esser lecito al tutore di

(1) V. sopra, n. 223, pag. 1033.

abbandonare l'istanza promossa senza la garanzia della stessa forma abilitante, di una simile speciale autorizzazione del consiglio (1).

L'opinione contraria ammette potere il tutore, senza uopo d'alcuna autorizzazione del consiglio di famiglia, desistere da qualunque domanda che avesse introdotta a nome del minore, sebbene in materia nella quale non avrebbe potuto intentare in giudizio l'azione che coll'autorizzazione del consiglio stesso; pel motivo che la desistenza supponendosi relativa alla sola procedura, senza toccare al diritto stesso formante oggetto dell'azione, non fosse per derivarne al minore alcun pregiudizio in merito, i diritti di lui rimanessero intatti, così da poter essere riproposta relativamente ad essi una nuova dimanda in altro giudizio, epperò tale desistenza fosse da considerarsi come un semplice atto di amministrazione (2). L'ultimo dei citati autori però riconosceva preferibile in diritto costituendo la massima opposta; solo avvisava che il diritto positivo non avendola espressamente consacrata, anzi non avendo parlato punto della desistenza, non rimanesse che di riferirsi alla natura giuridica di quest'atto; e poichè desso non costituiva un'acquiescenza e meno ancora una rinunzia ai diritti od un'alienazione, fosse necessità ammettere l'atto medesimo tra quelli che il tutore può fare da solo senza bisogno di formalità abilitanti.

Il nostro legislatore reputò appunto, che sebbene la semplice rinunzia agli atti del giudizio non contenga veramente alcuna disposizione di diritti del minore, se però per intentare l'azione in giudizio sia richiesto l'adempimento di certe forme abilitanti, le stesse debbano pure osservarsi, a guarentia degl'interessi del minore medesimo,

(1) V. Carré, *Lois de la proc. civ.*, t. II, n. 1453; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 698; De Freminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n[i] 620, 621; Demolombe, t. VII, n. 919 in principio.

(2) V. Pigeau, *Proc. civ.*, t. I, n. 454; Chauveau sur Carré, l. c.; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 23; Laurent, t. V, n. 86, pag. 67.

per abbandonare la lite promossa in di lui nome. Come vedesi è in questo senso la disposizione surriferita dall'articolo 343, § 2, del codice di procedura civile.

Quanto al recesso in merito, la cosa è anche più semplice. Poichè esso colpisce i diritti stessi formanti oggetto dell'azione introdotta, costituisce dunque una vera rinuncia, una disposizione di diritti, quantunque litigiosi, del minore. Non è pertanto ammissibile che un tale atto possa compiersi validamente dal tutore solo. Tuttavia la dottrina, ritenuto fermo questo punto, si divide poi nel determinare se e come possa rendersi valida una simile rinunzia. E mentre vi è chi opina che l'autorizzazione del consiglio di famiglia basti a convalidare il recesso anche dall'azione introdotta a nome del minore (1), altri pensano che sia indispensabile l'adempimento di tutte le forme abilitanti prescritte per gli atti di alienazione, e quindi non sia sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma occorra altresì la omologazione del tribunale (2); altri infine sostengono che un recesso in merito, costituente una vera rinunzia ai diritti del minore, non possa farsi dal tutore neppure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia (3).

La quale ultima opinione crediamo che sia la vera, per la considerazione che già accennammo parlando del recesso dalla lite, nei casi in cui, a norma dell'art. 296, il tutore può eccezionalmente promuovere azioni in giudizio senza autorizzazione del consiglio di famiglia (4); perchè, cioè, trattandosi in ipotesi, non di una transazione, ma di rinunzia pura e semplice e senza correspettivo a diritti litigiosi del minore, dovrebbe questo considerarsi come uno di quegli atti che sono assolutamente vietati nella gestione tutelare.

(1) V. Demolombe, t. VII, n[i] 716, 717.

(2) Pigeau, t. I, pag. 540; De Freminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 619; Laurent, t. V, n. 86.

(3) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 23.

(4) V. sopra, n. 223, pag. 1034.

È inoltre da richiamare qui ciò che parimente accennammo nel luogo ora citato: che, cioè, la stessa massima della impossibilità di far luogo, sia pure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, ad una desistenza dalla lite promossa in nome del minore, deve applicarsi ancora quando, trattandosi apparentemente di semplice rinunzia agli atti del giudizio, essa però nelle sue conseguenze riesca a compromettere l'esercizio ulteriore dell'azione; come nel caso che la domanda giudiziale introdotta abbia servito ad interrompere una di quelle prescrizioni, che a norma dell'art. 2145 cod. civ. corrono anche contro i minori, e il recesso dalla domanda rendendo nulla la procedura farebbe pure considerare come non avvenuta quella interruzione, siccome è riconosciuto nell'art. 2128 cod. civ. (1).

228. Se in una lite, che per deliberazione del consiglio di famiglia il tutore sia stato regolarmente autorizzato a promuovere, venga pronunciata sentenza, la quale respinga le istanze proposte a nome del minore, sembra che il tutore possa, senza bisogno d'ulteriore speciale autorizzazione, ricorrere contro la sentenza stessa con qualunque dei mezzi ordinari o straordinari d'impugnazione ammessi dalla legge. Parlando delle sentenze, che siano proferite contro il minore in cause nelle quali egli sia convenuto, od essendo attore, venga, per una delle eccezioni stabilite nell'art. 296, § 2, cod. civile, rappresentato dal tutore sebbene non autorizzato a promuoverle dal consiglio di famiglia, accennammo le ragioni per cui reputiamo giusta l'opinione professata quasi unanimemente dalla dottrina, che il mandato legale e libero, conferito dalla legge in questi casi al tutore per rappresentare in giudizio il minorenne, comprenda anche la facoltà d'impugnare in caso di soccombenza le sentenze che intervengano, con qualunque dei mezzi legali, siano ordinari o straordinari (2).

(1) V. Aubry et Rau, l. c.

(2) V. sopra, n. 217, pag. 1017, 223, pag. 1034 e seguenti.

E quelle stesse ragioni dimostrano, a veder nostro, con uguale certezza, come l'autorizzazione illimitata, che il consiglio di famiglia abbia data al tutore per sostenere in nome del minorenne quale attore una lite, debba reputarsi estesa anche ai ricorsi, che, per riuscire all'intento dell'azione promossa, occorra di proporre contro sentenze impugnabili, che siano state proferite a danno del minore. Chi vuole il fine, vuole i mezzi; e l'applicazione di questo ovvio principio di ragione nell'interpretare la deliberazione del consiglio di famiglia, che non abbia espresso se intenda di limitare l'autorizzazione concessa al tutore di stare in giudizio al solo primo grado di giurisdizione, o di estenderla anche agli ulteriori, deve necessariamente portare alla conclusione nostra; poichè i ricorsi ordinari o straordinari d'impugnazione non altro sono in ultimo che mezzi indispensabili per portare a fine favorevole l'azione che il tutore è autorizzato a propugnare in giudizio, pel caso che intervengano sentenze contrarie all'assunto del minorenne.

L'autore d'una opinione già riferita nel luogo sopra citato, e da noi creduta inaccettabile — che, cioè, l'appellare da una sentenza costituisca introduzione di un'azione assolutamente nuova, per la quale pertanto sia indispensabile una speciale autorizzazione del consiglio di famiglia — parlando del caso in cui il minore abbia fin da principio figurato in giudizio come attore, e perciò il tutore sia comparso munito d'una deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia, riconosce che questo potrebbe anche aver conceduto un'autorizzazione generale “ per tutte le “ istanze, non vi essendo testo di legge o principio che “ limiti intorno a ciò il suo potere, solo potendosi dire che “ conformemente allo spirito della legge, il consiglio non “ dovrebbe dare al tutore che un'autorizzazione limitata “ alla prima istanza „. Ma appunto da quest'ultima considerazione conclude: “ che se l'autorizzazione non sia stata “ data espressamente per tutte le istanze, il tutore ha

“ bisogno d’una nuova autorizzazione per introdurre “ appello „ (1).

A questa teoria se ne contrappone un’altra, secondo la quale “ l’autorizzazione ottenuta dal tutore per promuo- “ vere un’azione in giudizio, deve bastargli per tutto il “ seguito del processo, e specialmente per l’appello, *a meno* “ *che gli sia stata data in termini restrittivi* „ (2).

Come si vede, la questione è ridotta a pura interpretazione dell’atto con cui il consiglio di famiglia abbia autorizzato il tutore a stare in giudizio in rappresentanza del minore promuovendo a nome di lui un’azione; tutti riconoscendo che sia in facoltà del consiglio tanto l’autorizzare genericamente per tutti i gradi di giurisdizione, quanto restrittivamente pel primo; ma nascendo il dissenso nel caso in cui la deliberazione del consiglio non parli chiaro a tale proposito, perchè mentre alcuno reputa che la presunzione debba essere per un’autorizzazione generica, altri all’opposto sostengono la presunzione d’un’autorizzazione limitata alla prima istanza. Ora, ridotta appunto la questione a questi termini, non ci parrebbe da esitare a risolverla nel senso dell’ultima tra le accennate opinioni pei motivi che sopra abbiamo indicati e richiamati. Nè ci persuadono in senso contrario le obbiezioni che abbiamo riferite. Non troviamo ragione che basti a giustificare che *per seguire lo spirito della legge il consiglio non dovrebbe dare che un’autorizzazione limitata alla prima istanza*. Spirito della legge è di proteggere il minore, non permettendo al tutore di promuovere da solo una lite, nella quale potrebbero trovarsi compromessi gravissimi interessi e diritti del tutelato, e subordinando perciò quest’atto importante alla deliberazione del consiglio di famiglia, che abbia ad esaminare il fondamento probabile dell’azione di cui si tratti, e ad apprezzare l’opportunità di promuoverla attual-

(1) V. Laurent, t. V, n. 83, pag. 94.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 9.

mente in giudizio. Da tale esame può in molti casi emergere pel consiglio di famiglia una così sicura convinzione del buon fondamento dell'azione, da non renderlo esitante nel concedere al tutore piena facoltà per sostenerla in qualunque grado di giurisdizione a cui occorresse portarla; come talvolta potrà darsi invece che ne risulti una sufficiente probabilità di successo per consigliare la promozione della lite, ma insieme qualche grave dubbio intorno a cui importi attendere schiarimenti dalla istruzione della causa e dalla sentenza che verrà pronunciata in primo grado, per risolvere allora se convenga, o no, di ricorrere ai gradi ulteriori. Non vi è dunque motivo per stabilire in via di massima che l'autorizzazione che il consiglio si determini a dare, debba essere piuttosto limitata che generica, tutto dipendendo da circostanze particolari di ciascun caso, apprezzabili dal prudente criterio del consiglio stesso. E poichè d'altra parte è più conforme alla natura delle cose, che abilitando il tutore a far valere nell'interesse del tutelato un'azione in giudizio, lo si autorizzi a sostenerla in tutti i gradi di giurisdizione, con tutti i mezzi sì ordinari che straordinari, è ragionevole il ritenere così della autorizzazione data genericamente, quando nè da dichiarazione espressa, nè da termini equipollenti, nè dal contesto della deliberazione del consiglio risulti ch'esso abbia inteso di limitare la detta autorizzazione a stare in giudizio pel solo grado di prima istanza (1).

Accettiamo però l'insegnamento d'uno dei lodati autori, che non ostante l'autorizzazione generica data dal consiglio di famiglia al tutore per promuovere un'azione in giudizio a nome del minorenne, ed anzi quando pure quell'autorizzazione fosse stata espressamente estesa per tutti i gradi di giurisdizione, nulla impedirebbe al consiglio, qualora pronunciata la sentenza di prima istanza ne riconoscesse la

(1) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 483; Demolombe, t. VII, n[i] 712, 3, 713; Aubry et Rau, l. c.; Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 630, 6; Ricci, vol. I, n. 439, pag. 568.

giustizia, di evitare il danno derivabile al minore dagl'infondati ricorsi, che contro quella sentenza potessero farsi dal tutore, revocando la precedente deliberazione che lo abilitava a sostenere la lite, e facendo notificare tale nuova deliberazione sì al tutore stesso che all'altra parte contendente (1).

Resta ora di stabilire se il tutore abilitato a sostenere in giudizio un'azione, e quindi anche ad impugnare le sentenze che venissero proferite in contrario, coi mezzi ammessi dalla legge, possa invece, qualora riconosca giuste quelle sentenze, fare atto di accettazione espressa o tacita di esse, o recedere dall'appellazione che ne avesse interposta. È questo un argomento del quale già ci occupammo in altro luogo, parlando dei casi nei quali il tutore stia in giudizio senz'uopo di alcuna autorizzazione, sia che difenda il minore contro azioni intentategli da altri, sia che propugni in nome del minore stesso qualcuna di quelle speciali azioni, che eccezionalmente ed a norma del disposto nel § 2 dell'art. 296 possono essere promosse senza deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia (2). E le stesse osservazioni che allora facemmo possono essere applicabili per risolvere anche la questione attuale, presentandosi soltanto il dubbio, se mai l'autorizzazione data dal consiglio per promuovere l'azione e sostenere il giudizio, valesse eziandio per abilitare il tutore a por termine al giudizio stesso accettando la sentenza proferita contro il minore o rinunziando ad impugnarla, o recedendo dalla impugnazione già fattane. Ma è troppo evidente che ciò non può essere: chè anzi l'accettare la sentenza con cui fossero state respinte le istanze proposte a nome del minore, o il rinunziare — ciò che equivale — alla impugnazione della sentenza stessa, sarebbe precisamente l'opposto di quello a cui il consiglio di famiglia aveva abilitato il tutore, che era di propugnare con tutti

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 713 in fine.
(2) V. sopra, n. 217, pag. 1020 e segg., n. 223, pag. 1033.

i mezzi ammessi dalla legge quella determinata azione nell'interesse del tutelato; e quegli atti conterrebbero evidentemente gli estremi d'una rinuncia implicita ai diritti del minore, sebbene litigiosi e negati da una sentenza, la quale però sarebbe tuttora soggetta a revocazione o riforma; costituirebbero quindi una di quelle disposizioni che non sono permesse mai ad un tutore. Nè avrebbe fondamento, se si sollevasse, il dubbio che in tali casi l'accettazione della sentenza, o la rinunzia alla impugnazione di essa potesse essere convalidata dall'autorizzazione, che il consiglio di famiglia concedesse specialmente a tal uopo al minore: poichè non trattandosi nel caso d'una transazione, ma d'una rinunzia pura e semplice e senza correspettivo ai diritti del minore, che potrebbero essere riconosciuti e dichiarati colla nuova sentenza da emanarsi nell'ulteriore grado ordinario o straordinario di giurisdizione, in revocazione o riforma di quella già proferita ed impugnata o tuttora impugnabile, si verserebbe pertanto nel caso d'una di quelle rinunzie gratuite ai diritti del minore, le quali vanno annoverate tra gli atti assolutamente vietati al tutore e non effettuabili neppure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

229. Accennammo già come tra le limitazioni, che la legge ha fatte al principio generale, in virtù di cui il tutore, rappresentando il minorenne in tutti gli atti civili, avrebbe per la natura stessa della sua missione libero potere di esercitare giudizialmente ogni diritto del tutelato, sia per ottenerne la dichiarazione e il titolo esecutivo mediante sentenza, sia per realizzare i diritti stessi mediante procedimento di esecuzione forzata, nessuna ne sia stata espressa che riguardi in termini formali e speciali quest'ultimo argomento della esecuzione forzata. Ond'è che, applicando le norme comuni, dovrebbesi pensare senz'altro che

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 114, n^{i}. 21, 24.

le facoltà del tutore avessero a riguardarsi come affatto indipendenti da qualunque formalità abilitante nell'iniziare simili procedimenti; se non rimanesse il dubbio che essi pure fossero colpiti dalla disposizione generale, che vieta al tutore di *promuovere azioni in giudizio* qualora non vi sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia.

La disposizione corrispondente dell'art. 464 cod. Francese era concepita, per verità, in termini differenti e più ristretti; essa non recava al tutore una proibizione così generale di *promuovere azioni in giudizio* se non vi fosse autorizzato dal consiglio di famiglia, ma solo gli vietava *d'intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili;* inoltre quel codice non subordinava alla autorizzazione del consiglio di famiglia — come è disposto nel codice nostro — *la riscossione dei capitali del minore.* Epperò poteva bensì nascere il dubbio se in materia di esecuzione forzata sopra beni immobili d'un debitore del minorenne, l'atto di provocarla avesse a considerarsi come *promozione giudiziale d'un'azione relativa a diritti del minore sopra beni stabili;* ma il dubbio era facilmente risolto col solo considerare che " l'azione non tendeva a " porre un immobile nel dominio del minore, ma a conse- " guire un credito, che è bene mobile per determinazione " della legge; sicchè l'azione stessa non poteva riguardarsi " immobiliare, sebbene avesse per oggetto la vendita for- " zata d'un immobile ". Perciò la dottrina era concorde nel ritenere che il tutore potesse intentare procedimenti di esecuzione forzata, sia sovra beni mobili, sia sovra immobili di debitori del minore, qualora si trattasse di conseguire un credito mobiliare (1). Nel nostro codice la espressione più generica, che proibisce al tutore non autorizzato di *promuovere azioni in giudizio*, potrebbe lasciar credere alla necessità dell'autorizzazione del consiglio di

(1) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 482; Demolombe, t. VII, n. 686 in f.; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 3; Laurent, t. V, n. 82, pag. 93.

famiglia anche per l'esercizio d'un'azione tendente a realizzare un credito del minore mediante la esecuzione forzata sovra beni mobili o immobili d'un debitore di lui. Senonchè questa disposizione generale deve essere combinata, per definire il punto di cui ci occupiamo, con altre disposizioni speciali.

I crediti del minore, pei quali il tutore abbia a procedere per via di esecuzione forzata, o sono relativi al conseguimento delle rendite, od alla riscossione di capitali. Nèl primo caso il § 2 dell'art. 296 stabilisce che il tutore possa agire in giudizio senza bisogno di farvisi autorizzare dal consiglio di famiglia. E se così è disposto per un giudizio dichiarativo, nel quale si proponga un credito litigioso del minore, a quanto maggiore ragione non dovrà ritenersi altrettanto per un giudizio di esecuzione, allorchè si tratta semplicemente di realizzare un credito risultante da titolo esecutivo, sia un atto notarile od una sentenza? D'altronde la riscossione delle rendite entra nel novero degli atti di semplice amministrazione ordinaria, affidati esclusivamente e liberàmente al tutore. E a che varrebbe l'avergli attribuiti i poteri a tal uopo, se non gli fossero lasciati altrettanto liberi i mezzi per costringere i debitori renitenti a soddisfarvi?

Nel secondo caso poi, di riscossione di capitali, il § 1 del medesimo articolo 296 annovera questo per primo tra gli atti pei quali è indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Nè per certo potrebbesi riguardare come regolarmente intentato un procedimento esecutivo contro il debitore, se quella forma abilitante non fosse stata adempita. In difetto di essa, il tutore non potrebbe dirsi *persona autorizzata a norma di legge a ricevere il pagamento a nome del creditore* (art. 1241 cod. civ.); mancherebbe dunque di qualità legittima per procedere esecutivamente, e lo stesso precetto di pagamento, la cui notificazione deve precedere la esecuzione forzata, non potrebbe avere alcun effetto. Ma qualora l'autorizzazione

a riscuotere quel determinato capitale del minore fosse realmente stata emanata dal consiglio di famiglia, sebbene la relativa deliberazione non contenesse la dichiarazione espressa che il tutore fosse abilitato a promuovere un procedimento di esecuzione forzata, sembra indubitabile che tale abilitazione dovrebbe ritenersi implicita; nè però potrebbesi riguardare come necessaria una ulteriore ed apposita deliberazione consigliare. Se il consiglio di famiglia ha autorizzato il tutore a riscuotere un capitale del minore, deve intendersi necessariamente che gli abbia data insieme la facoltà di compiere tutti gli atti necessari per realizzare una tale riscossione; giacchè chi vuole il fine vuole i mezzi. D'altra parte, rimosso con quell'autorizzazione l'ostacolo, che eccezionalmente opponeva per gravi ragioni la disposizione della legge alla libertà di azione, generalmente spettante al tutore per gli atti di semplice amministrazione ordinaria, tra i quali dovrebbe per natura sua annoverarsi anche quello della riscossione dei capitali in iscadenza, è ovvio che si debba ritornare pienamente alla predetta regola generale. Nè poi in un procedimento di esecuzione, per ottenere forzatamente il pagamento di ciò che sia dovuto al minore in virtù di un titolo esecutivo, possono essere temibili quei pericoli, in considerazione dei quali fu vietato al tutore di promuovere azioni in un giudizio dichiarativo senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

230. Conosciuti così gli atti giudiziali, che la legge vieta al tutore di fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, rimane a stabilirsi quali siano le sanzioni applicabili; o, in altre parole, quali conseguenze giuridiche abbiano a derivare dalla mancanza della predetta autorizzazione, da un lato pel minore in cui nome abbia agito il tutore, dall'altro per la parte che sia stata convenuta in giudizio. E se, quanto al minore, tutti sono d'accordo nel ritenere proponibile nell'interesse di lui la nullità degli

atti che siano stati fatti in suo nome senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia; quanto all'altra parte contendente vi è invece discordanza di teorie, tra gli autori francesi, che insegnano potersi dal convenuto proporre soltanto un'eccezione dilatoria per costringere il tutore a riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia prima di procedere oltre nel giudizio da lui promosso, ed alcuni scrittori nostri, i quali propugnano invece a favore del convenuto il diritto di far annullare tutta la procedura irregolarmente iniziata. Che la mancanza dell'autorizzazione consigliare richiesta dalla legge debba produrre nullità del procedimento, non è infatti controvertibile. È quella la sanzione naturale e necessaria di tutte le formalità abilitanti prescritte nell'interesse di persone incapaci; giacchè lo scopo della legge sarebbe eluso, se non ostante l'inosservanza di quelle forme l'atto compiuto senza di esse si reputasse tuttavia pienamente valido. Ma quella nullità è *essenzialmente relativa* alla persona stessa incapace, nel cui solo interesse è stata introdotta; e l'altra parte contendente non può prevalersene; come uno dei contraenti, capace di obbligarsi, non può opporre, secondo l'espressa disposizione dell'art. 1107 cod. civile, la incapacità dell'altro contraente. E se quella nullità è puramente relativa, è dunque eziandio sanabile, qualora l'autorizzazione dalla cui mancanza proveniva, intervenga durante il corso della procedura.

L'altra parte, convenuta in giudizio, non avrebbe fondamento a chiedere che il procedimento irregolarmente iniziato, per mancanza della necessaria autorizzazione, dovesse essere annullato e ricominciato; perchè con ciò verrebbe in realtà a prevalersi d'una nullità relativa, introdotta ad esclusivo favore dell'altro contendente, ritorcendola anzi contro di lui. Nè le varrebbe il dire che il tutore non autorizzato mancasse di potere legittimo a promuovere l'azione in giudizio; giacchè la qualità per agire, il tutore la trae dal mandato generale conferitogli

dalla legge per rappresentare il minore in tutti gli atti civili; e se l'esercizio di tale mandato è per certi casi subordinato all'adempimento di particolari forme, l'inosservanza di esse negli atti di quell'esercizio non può ingenerarne appunto che una nullità esclusivamente relativa all'incapace.

Con tutto ciò non è a dirsi che il convenuto debba lasciar correre fino al suo termine la procedura irregolarmente iniziata contro lui dal tutore, fino alla pronunzia di quella sentenza definitiva, la quale, se contraria al minore, potrebb'essere nell'interesse di questo impugnata per nullità, se favorevole non potrebb'essere per simil causa attaccata dall'altra parte. Ciò sarebbe in opposizione manifesta al principio, fondamentale nei giudizi, della parità di condizioni che dev'esservi tra i contendenti.

Il convenuto deve dunque avere il diritto di arrestare il corso del procedimento irregolarmente iniziato, mediante una eccezione che lo tenga in sospeso finchè non intervenga quell'autorizzazione del consiglio di famiglia, la quale convalidando retroattivamente gli atti del giudizio fin dalla sua introduzione, ristabilisca tra le parti contendenti una perfetta parità di condizioni.

Tali sono i principii direttivi in questa materia. Vediamone ora le applicazioni, a qualcuna appunto delle quali riguarda specialmente la dissidenza sopra accennata.

Supponiamo prima che il convenuto voglia opporre al tutore, che promosse l'azione in giudizio, la mancanza di autorizzazione del consiglio di famiglia. In qual tempo dovrà farlo? Si è risposto: nel corso della istanza, prima che sia pronunciata sentenza definitiva; sarebbe tardiva questa eccezione, se opposta in grado di appello (1). E veramente, per farla valere in seconda sede, bisognerebbe che il convenuto potesse farne un mezzo onde impugnare

(1) V. Zachariae, t. I, § 114, n. 8; Demolombe, t. VII, n. 715; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 10; Laurent, t. V, n. 84, pag. 95.

la sentenza che ha lasciato pronunciare; ciò che non è ammissibile.

Opposta la eccezione in tempo utile, quale è veramente il diritto del convenuto, quale il dovere dell'autorità giudicante? Secondo i principii sovra esposti non vi può essere difficoltà nella risoluzione del quesito. Il diritto del convenuto, come il suo interesse, si limita unicamente a non essere tenuto a sostenere la controversia giudiziale a fronte del tutore come rappresentante il minorenne, se non quando il tutore stesso abbia legittimata la propria qualità a tal fine, compiendo la formalità abilitante ordinata dalla legge, riportando, cioè, l'autorizzazione del consiglio di famiglia; il tribunale deve quindi, sulla istanza del convenuto medesimo, ordinare la sospensione della procedura finchè quell'autorizzazione non sia stata ottenuta (1). Il tutore può chiedere la prefissione d'un termine all'uopo, per rimuovere così l'opposizione fattagli (2); può chiederla il convenuto stesso, al fine di non rimanere troppo a lungo soggetto all'azione intentatagli; e trascorso un tal termine, senzachè il tutore abbia prodotto l'atto di autorizzazione, il convenuto potrà domandare d'essere assolto dalla osservanza del giudizio, atteso alla mancanza di capacità legale in chi ve lo ha chiamato.

Ma è qui appunto che troviamo insegnate in qualche commento del codice italiano massime che non ci sembrano esatte.

" Il convenuto — si è detto — fa *respingere la domanda*, " se il tutore non è autorizzato a promuovere il giudizio, " e *fa annullare le sentenze* che si fossero proferite sopra " una domanda incompetente. *La posteriore autorizzazione* " *del consiglio di famiglia non potrebbe sanare gli atti nulli*, " specialmente se la eccezione di nullità fosse stata già " opposta " (3). È la precisa contraddizione della teoria che

(1) V. Laurent, l. c., pag. 96.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 687 in fine.
(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 631, pag. 1006.

esponemmo superiormente. La nullità degli atti fatti dal tutore, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, sarebbe opponibile, non solo nell'interesse del minorenne attore, ma anche dal convenuto; non sarebbe più una nullità relativa al solo incapace, ma potrebbe giovarsene anche la parte capace; e il vizio originario della procedura non potrebbe più essere sanato dall'autorizzazione, che il consiglio di famiglia emanasse nel corso dell'istanza. Non crediamo necessario d'insistere. Il carattere puramente relativo della nullità degli atti fatti pei minori senza l'osservanza delle formalità stabilite dalla legge, e il non essere opponibile quella nullità dall'altra parte capace, sono principii troppo certi ed elementari; l'applicabilità di tali principii agli atti giudiziali, non meno che ai contratti, non può essere contraddetta, perchè anche nei giudizi si contrae, perchè i motivi sono identici. Ritenere insanabile il vizio originario della procedura, e costringere il minorenne attore a ricominciarla, sarebbe ritorcere a danno di lui quella forma dell'autorizzazione consigliare, che nel solo suo interesse è stata introdotta.

Un altro scrittore ci dice che " se il tutore promuova " un giudizio senza aver riportato l'autorizzazione del con- " siglio di famiglia, *il convenuto può eccepire la mancanza " in lui dei necessari poteri ad agire, ed essere perciò asso- " luto dall'osservanza del giudizio* " (1). Anche questo ci sembra troppo, almeno nella forma in cui è espresso. Se bastasse al convenuto l'eccepire la mancanza della necessaria abilitazione al tutore, che promosse l'azione, per dover essere assolto dalla osservanza del giudizio, ciò equivarrebbe a ritenere opponibile anche da lui nell'interesse proprio la nullità degli atti fatti dal tutore senza le debite formalità. Or questo non può essere. Il convenuto non ha altro diritto fuorchè di chiedere che la procedura sia regolarizzata. Solo quando tale regolarizzazione non segua

(1) V. Ricci, vol. I, n. 439, pag. 568.

entro il termine, che l'autorità giudiziaria abbia prefisso al tutore, il convenuto può avere interesse e diritto a domandare l'assoluzione dalla osservanza del giudizio.

Che se poi, avendo il convenuto opposta la eccezione dilatoria, per non avere il tutore riportata l'autorizzazione del consiglio di famiglia a promuovere l'azione, il tribunale non avesse tenuto conto di tale eccezione, nè avesse ordinata la chiesta sospensione della procedura, tutto il procedimento seguìto dappoi rimarrebbe veramente infetto d'una nullità, per la cui dichiarazione il convenuto medesimo potrebbe agire, impugnando la sentenza che il tribunale avesse pronunciata (1). Se ora supponiamo che il convenuto non abbia opposta la eccezione tratta dalla mancanza di autorizzazione del consiglio di famiglia, sarà fuor di dubbio che la sentenza, la quale venga pronunciata in di lui danno ed a favore del minore, sarà pienamente valida, rimpetto al convenuto stesso, il quale non potrà, del difetto di una tal forma abilitante, farsi un mezzo per impugnare con un ricorso qualsiasi quella sentenza. Ma se all'opposto la decisione riuscisse contraria al minore, essa sarebbe per la detta causa impugnabile nell'interesse di lui, tanto in via di appello, quanto, occorrendo, di ricorso in cassazione, per far annullare la sentenza, non meno del procedimento che l'avrebbe preceduta.

È questa l'applicazione semplice e genuina dei principii riguardanti la nullità relativa degli atti, che siano fatti in nome d'un minore senza l'adempimento delle formalità per essi stabilite dalla legge (2).

(1) V. Laurent, l. c., pag. 96.
(2) V. Demolombe, Laurent, ll. cc.; Aubry et Rau, l. c., ni. 12 e 13.

II.

Degli atti estragiudiziali.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 231. Principii direttivi adottati dalla legge nostra in questo argomento. Partizione della materia.

231. Esponendo le nozioni fondamentali riguardanti l'ordinamento dell'amministrazione tutelare, già notammo i sommi criteri, ai quali il legislatore nostro conformò le proprie disposizioni nel regolare i poteri del tutore circa gli atti estragiudiziali che questi abbia a compiere nell'esercizio dell'ufficio suo.

Anzichè dettare norme generali, la cui applicazione ai singoli casi dovesse servire ai giudici per determinare in quali atti di amministrazione potesse il tutore operare liberamente, e per quali rimanesse vincolato all'adempimento di certe formalità abilitanti, fu preferito di stabilire nominatamente gli atti pei quali si richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia, od inoltre l'omologazione del tribunale.

Da ciò, e per tutti gli atti non compresi in questa particolareggiata enumerazione contenuta nel testo — mancando d'altronde qualunque regola speciale, che sia espressa nel codice e possa ad essi applicarsi, e rimanendo perciò unicamente il principio generale dell'art. 277, secondo cui appartiene al tutore la rappresentanza del minorenne in tutti gli atti civili e l'amministrazione dei beni di lui — alcuni autori si reputarono autorizzati a conchiuderne, che l'azione del tutore rimanesse affatto libera e indipendente da qualunque vincolo di forma abilitante, da qualunque autorizzazione altrui; mentre altri pensò al contrario, che le facoltà libere del tutore dovessero ritenersi ristrette ai soli atti di semplice amministrazione ordinaria, e per tutti

quelli che la eccedessero fosse invece indispensabile, in generale, l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Così trovammo a fronte due opposte dottrine, l'una delle quali vorrebbe dare piena libertà al tutore per tutti gli atti estragiudiziali di qualunque natura, anche eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, anche recanti disposizione dei beni, salve solo le espresse disposizioni della legge in contrario; l'altra limiterebbe questa libertà del tutore ai soli atti derivanti dal potere di amministrazione semplice, a quelli che il codice permette d'ordinario a chi governi per mandato i beni altrui, ma per tutti gli altri riterrebbe necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, salve le eccezioni che si trovassero espresse nella legge.

Senonchè parve a noi che nessuna di queste teorie fosse così assolutamente ammissibile. Crediamo di aver dimostrato, che l'enumerazione d'atti, recata dall'art. 296, non è da riguardarsi come tassativa, in guisa da escludere affatto dalla sua comprensione ogni caso che non si trovi in essa letteralmente previsto; e che, all'opposto, se si fa la debita parte allo spirito che anima quella disposizione, — diretta, come tutte le altre concernenti l'amministrazione tutelare, ad assicurare l'interesse del minore, procurandogli guarentigie proporzionate all'importanza dei varii affari, che nella gestione dei beni di lui si possono presentare — è da reputarsi applicabile il citato art. 296 anche a quegli atti, che, sebbene non cadenti veramente sotto le espressioni letterali di esso, hanno però con quelli ivi contemplati una tale uniformità di caratteri e di effetti giuridici, una così intima ed evidente analogia, da non potersi dubitare della identità dei motivi della legge per doverli sottoporre alle medesime formalità abilitanti. Crediamo dimostrato d'altra parte, che si spingerebbe il rigore al di là di quanto volle la legge, qualora si ritenesse necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia per qualunque atto eccedente la semplice amministrazione

ordinaria; che se tale fosse stata la intenzione del legislatore, egli avrebbe formulata — come fece per altre materie — quella distinzione tra gli atti di amministrazione semplice, e quelli che la eccedono, e ad essa sarebbesi riferito facendone dipendere la determinazione dai casi in cui il tutore potesse agire liberamente, o fosse invece soggetto all'autorizzazione del consiglio di famiglia; che all'opposto non avendo in questo luogo neppure accennato alla distinzione predetta, essendosi invece limitato ad una enumerazione specificata di singoli atti, pei quali occorre la autorizzazione del consiglio di famiglia, tutto ciò che può ragionevolmente ammettersi è di estendere per analogia la disposizione dell'art. 296 a quei casi particolari, che, non compresi in essa letteralmente, vi si trovano attratti da una evidente parità di motivi, per manifesta identità di caratteri e di effetti giuridici fra alcuno degli atti espressamente contemplati, e qualche altro a cui le parole della legge non sarebbero strettamente applicabili. Un terzo punto teniamo pure per accertato dalle dimostrazioni anteriori, a cui in questo momento ci riferiamo; cioè che la disposizione dell'art. 301, determinante gli atti pei quali si esige che la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia venga omologata dal tribunale, è invece da riguardarsi come assolutamente tassativa, perchè derogante alla virtù che le deliberazioni consigliari di famiglia hanno generalmente in sè stesse, di dar luogo, senz'altra formalità, alla piena loro esecuzione; epperò non è possibile ritenere soggetti all'omologazione del tribunale altri atti fuor di quelli espressamente previsti nel detto art. 301 (1).

Seguendo questi principii direttivi, dobbiamo pertanto occuparci ora di stabilire quali siano gli atti amministrativi che il tutore può fare liberamente, quali quelli per cui egli abbisogni dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, e gli altri rispetto a cui la deliberazione autorizzante del

(1) V. sopra, n. 166, pag. 750 e seguenti.

consiglio stesso debba essere omologata dal tribunale. Inoltre sarà necessario esaminare ancora una quarta categoria: degli atti che sono assolutamente vietati al tutore, o perchè la loro stessa indole giuridica resiste assolutamente ad ammettere ch'essi stiano entro i limiti dei poteri attribuibili ad un amministratore di beni altrui, o perchè sono tali da porre col loro esercizio il tutore in un conflitto, che era da evitarsi, tra il proprio personale interesse e l'adempimento dei proprii doveri.

(*a*)

Degli atti pei quali il tutore non è soggetto a veruna formalità abilitante.

Sommario. — 232. Determinazione degli atti che il tutore può fare da solo. Se tra essi siano da comprendersi, in generale, quelli di semplice amministrazione ordinaria. — 233. 1) Facoltà libere del tutore nel regolare l'azienda della tutela. — 234. Specialità relative all'acquisto di oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio. — 235. 2) Principii generali concernenti gli *atti conservativi*. — 236. Applicazioni di tali principii alla conservazione dei beni immobili. — 237. Altre applicazioni alla conservazione dei beni mobili. — 238. Altre applicazioni relative ai beni incorporali. — 239. Specialità risguardanti i miglioramenti, le ricostruzioni e nuove costruzioni di stabili. — 240. 3) Principii generali per gli atti relativi alla *produzione dei frutti*. — 241. Applicazioni di tali principii ai beni immobili del minore. — 242. Altre applicazioni ai beni mobili. — 243. Regole risguardanti i contratti di locazione. — 244. 4) Principii generali per gli atti concernenti la *percezione dei frutti e delle rendite*. — 245. Specialità relative alla vendita dei frutti. — 246. Dell'accettazione di donazioni o legati disposti a pro del minore, e non soggetti a pesi nè a condizioni. — 247. Massime relative alle divisioni provvisorie, risguardanti il semplice godimento. — 248. Del pagamento dei debiti del minore.

232. In conseguenza dei principii che abbiamo richiamati nel numero precedente, al quesito relativo alla determinazione degli atti che il tutore possa compiere liberamente, senza bisogno di esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, nè d'altra formalità abilitante, possiamo rispondere: essere essi tutti quelli che stiano entro i limiti

della pura amministrazione ordinaria — salve le eccezioni che si trovino espresse nella legge — e quelli ancora che eccedendo tali limiti non cadano però letteralmente nella enumerazione contenuta nell'art. 296, nè con quelli ivi contemplati abbiano intima ed evidente analogia, identità di caratteri e di effetti giuridici, e conseguentemente perfetta parità di motivi.

Così poniamo per prima regola che tutti gli atti di semplice amministrazione ordinaria siano generalmente in libera facoltà del tutore, eccettuati unicamente quelli pei quali la legge disponga espressamente in contrario, come appunto fu fatto nel nostro codice rispetto alla riscossione ed all'impiego dei capitali del minore. Ed è quella infatti una massima nella quale concordano tutti: tanto coloro che adottano una teoria di più ampia libertà del tutore, non ammettendone limitazioni se non risultino dal testo espresso del codice, quanto gli altri che all'opposto vorrebbero soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia tutti gli atti di disposizione dei beni, meno quelli soli che siano esplicitamente eccettuati dal legislatore. È una massima, la cui dimostrazione è altrettanto evidente in teoria, come chiaro risulta dalle stesse disposizioni dell'art. 296, che il legislatore l'ha ammessa indubbiamente, sebbene implicitamente soltanto.

In teoria non può infatti esservi motivo d'incertezza. Per gli atti di mera amministrazione ordinaria, che si riproducono continuamente sotto tante forme diverse, il cui bisogno si verifica quotidiano e per lo più urgente, la cui entità non può essere per ciascuno in particolare molto grave, nè in ogni caso compromettente la sostanza patrimoniale del tutelato, nonchè esservi ragione di sottoporli in generale alla necessità di una preventiva autorizzazione del consiglio di famiglia, non sarebbe stato possibile imporre per ciascuno di tali atti l'adempimento d'una simile formalità abilitante, senza produrre nel corso degli affari tutelari tale incaglio da arrestarne ad ogni istante il

regolare andamento, e da impedire che si compissero nel tempo necessario. D'altra parte si sarebbe addossato al consiglio di famiglia un còmpito impossibile; si sarebbe dimostrata verso il tutore una sfiducia eccessiva, senza poter addurre a giustificazione di tanto rigore il motivo di pericoli a cui potesse essere esposto qualche grave interesse del tutelato; e questi ne sarebbe, in ultimo, assai più danneggiato che avvantaggiato, procedendosi così precisamente a rovescio dei fini che la legge si propone di conseguire.

In diritto positivo, quantunque il principio della perfetta libertà del tutore negli atti di amministrazione semplice non si vegga proclamato in precisi termini, lo troviamo però implicitamente ammesso e presupposto. Imperocchè, se l'art. 296, dopo aver vietate al tutore non autorizzato dal consiglio di famiglia le alienazioni di beni immobili o mobili, *ne eccettua i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento;* se dopo avergli in simil caso proibito di fare acquisti di beni immobili o mobili, *ne eccettua gli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio;* se imponendogli la formalità di farsi autorizzare dal consiglio di famiglia per poter convenire *locazioni eccedenti il novennio*, viene a ritenere necessariamente che di quella formalità non abbisogni per fare locazioni per un novennio o meno; se richiedendo in generale l'autorizzazione del consiglio per promuovere azioni in giudizio, vi fa limitazione per quanto si tratti di *questioni relative al conseguimento delle rendite;* tutto ciò non è, nè può essere per altro, se non perchè la vendita dei frutti o dei mobili soggetti a facile deperimento, l'acquisto degli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio, il fare locazioni a breve tempo, il riscuotere le rendite, sono atti di semplice amministrazione ordinaria, che come tali debbono essere lasciati in libera facoltà del tutore, senza vincolo di alcuna formalità abilitante.

Nessuna regola pertanto potrebb'essere meglio sicura di questa: che gli atti di semplice amministrazione ordinaria siano in generale tutti di competenza libera del tutore, salvi i soli casi espressamente eccettuati dalla legge.

Come in altra materia abbiamo avuto occasione di stabilire, *atti di semplice amministrazione sono tutti quelli che occorrono per conservare i beni e migliorarli, per renderli produttivi dei frutti naturali o civili di cui sieno suscettibili, per percepire i frutti e le rendite, per fare le spese necessarie a tutti questi scopi* (1).

Nella erogazione delle relative spese — sempre però dentro il limite massimo stabilitone dal consiglio di famiglia in principio della tutela, a norma dell'art. 291 cod. civ. — il tutore non può vedersene limitati gli oggetti da alcuna deliberazione del consiglio stesso. Spetta al tutore, esclusivamente a lui, di provvedere a suo prudente criterio, e sotto la propria responsabilità personale, ai bisogni tutti della gestione tutelare, impiegandovi da buon padre di famiglia la parte necessaria della somma totale posta a sua disposizione dal consiglio per le spese personali del minore e d'amministrazione patrimoniale (2). Di qui dunque un primo oggetto di quegli atti di semplice amministrazione, che debbono ritenersi in potere libero del tutore, e dei quali dovremo ora occuparci; di quelli, cioè, che risguardino all'ordinamento ed all'esecuzione pratica dell'azienda tutelare. In seguito esamineremo distintamente ciò che concerne gli *atti conservativi*, quelli diretti a procurare la *produzione dei frutti*, quelli in fine che costituiscono i mezzi di *percezione dei frutti* medesimi o di *riscossione delle rendite*.

Quanto agli altri atti, eccedenti l'amministrazione ordinaria, ma che non essendo nè contemplati espressamente nell'art. 296, nè ad essi strettamente analoghi, abbiano

(1) V. vol. VII, n. 201, pag. 466.
(2) V. sopra, n. 201, pag. 901 e segg.

a reputarsi lasciati in libera facoltà del tutore, non tenteremo neppure di farne un esame particolareggiato, che dovrebbe riuscire inevitabilmente imperfettissimo, atteso alla indefinita varietà dei negozi che possono occorrere in un'amministrazione. Ci basterà di avere stabilite quelle che a noi parvero le regole vere, applicando le quali si possa arrivare a discernerli. Solo accenneremo ad alcuni, rispetto a cui la disposizione dell'art. 296, non solo non offre argomenti neppure di analogia per ritenerli soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma ne presenta anzi dei contrari, che li dimostrano appartenenti alle libere attribuzioni del tutore.

233. 1) Tra gli atti pei quali il tutore è indipendente da qualunque autorizzazione del consiglio di famiglia, vanno senza dubbio annoverati per primi tutti quelli che riguardano l'ordinamento pratico e l'azienda esecutiva della gestione tutelare. Come ricordammo nel numero precedente, il consiglio di famiglia non ha in ciò altra attribuzione dalla legge che per fissare il limite delle spese che il tutore non possa oltrepassare. Ammettere che potesse spingersi più oltre, dettando al tutore norme obbligatorie di condotta pei particolari dell'amministrazione ordinaria, sarebbe una immutazione arbitraria e non plausibile nelle funzioni rispettive di questi due poteri distinti istituiti dalla legge nell'ordinamento della tutela. Spetta dunque al solo tutore, senzachè il consiglio di famiglia possa ingerirsene, di provvedere a tutti i molteplici bisogni dell'amministrazione ordinaria, dando le disposizioni che reputi necessarie od utili, facendole eseguire, stipulando anche contratti all'uopo; purchè solo non ecceda il limite stabilitogli dal consiglio per le spese, e salvo risponder del proprio qualora lo sorpassasse notevolmente e senza giustificate ragioni di indeclinabile necessità e di urgenza.

Così sarebbe in facoltà libera del tutore l'ordinare il sistema dell'amministrazione, dare i provvedimenti conse-

guenti, stipulare anche i contratti che si rendessero all'uopo necessari: per esempio per assicurarsi l'opera di chi avesse a vegliare sulla condotta agricola dei fondi, e sulla manutenzione dei fabbricati, od a tenere in regola la contabilità, od a reggere uno stabilimento di commercio o d'industria, di cui fosse stata regolarmente permessa la continuazione d'esercizio nel patrimonio del minore. Le convenzioni, che il tutore avesse stipulato per tali oggetti, avrebbero quindi piena efficacia pel minore, il quale sarebbe tenuto di soddisfare alle obbligazioni in di lui nome contratte, sotto la garanzia di tutti i suoi beni presenti e futuri, come per qualunque altra obbligazione legittimamente esistente.

234. Della massima accennata nel numero precedente troviamo infatti un'applicazione manifesta nello stesso art. 296, che avendo prima dichiarata indispensabile al tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia per poter acquistare beni, siano mobili od immobili, soggiunge poi una eccezione per l'acquisto degli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio. Invero una tale eccezione non potrebb'essere giustificata per altra considerazione, se non perchè l'acquisto degli oggetti ora accennati non costituisce propriamente un mezzo d'impiego di capitali del minore — impiego che essendo dalla legge subordinato all'autorizzazione del consiglio di famiglia, doveva far luogo a richiedere l'adempimento della medesima formalità anche per investire il danaro del minore in altri beni immobili o mobili — ma invece semplicemente un mezzo di provvedere appunto all'economia domestica od al governo del patrimonio, e sotto questo aspetto rientra nel novero degli atti di amministrazione semplice, che per la stessa natura loro dovevano esser lasciati in libera facoltà del tutore, esenti da ogni vincolo di autorizzazione del consiglio famigliare.

La legge parla di oggetti che siano destinati a servire all'economia domestica ed all'amministrazione del

patrimonio; e crediamo queste espressioni abbastanza ampie, tanto più in relazione al motivo che ispirò la disposizione di cui parliamo, per ritenerle comprensive, non solo di quanto venga acquistato pei bisogni della casa del minore, o dell'amministrazione interna del patrimonio di lui, ma eziandio di tutto ciò, in generale, che abbia a servire pel governo dei beni del tutelato; per esempio le compere di bestiami, d'ingrassi, di sementi, di foraggi, d'utensili per la coltura dei fondi, di merci per un negozio e simili. Reputiamo per altro non aversi ciò a ritenere, se non per quegli acquisti minuti, di minore importanza, il cui bisogno ricorre frequentemente, ai quali si suol provvedere colle sole rendite, il cui costo non sorpassi considerevolmente il limite prefisso dal consiglio per le spese annuali, e che per tutto ciò appunto possono considerarsi come attinenti alla semplice amministrazione ordinaria. Chè se al contrario si trattasse di acquisti di notevole entità, che richiedessero l'impiego di somme assai eccedenti su quella determinata dal consiglio, destinati a figurare nel patrimonio del minore come parte della sostanza capitale di lui — per esempio se si trattasse di acquistare macchine agrarie di grande valore pei fondi, o macchine per servire ad un'industria che si continuasse ad esercitare per conto del minore — si uscirebbe dai limiti della semplice amministrazione ordinaria, sarebbe veramente caso di un impiego di capitali, che la legge non permette farsi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia; epperò, se anche potesse dirsi che si fosse ancora nei termini letterali della legge, perchè si trattasse dell'acquisto di *oggetti destinati all'amministrazione del patrimonio del minore*, si sarebbe ad ogni modo fuor dello spirito della legge stessa, la quale evidentemente volle contemplare quei soli acquisti che possano comprendersi tra gli atti della semplice amministrazione.

Il testo esprime inoltre un'altra condizione, che appunto perciò crediamo indispensabile per dar luogo all'eccezione,

che la legge stessa fa alla proibizione imposta al tutore di acquistar beni di qualunque natura senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. E questa condizione è, che gli oggetti da acquistarsi siano *necessari* all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio. La semplice utilità di essi a tali scopi non basterebbe pertanto a giustificare l'operato del tutore in mancanza dell'autorizzazione del consiglio: al quale solo deve spettare, secondo il disposto della legge, il giudizio superiore sulla reale utilità di un acquisto, che potrebbe invece convertirsi in uno sperpero inutile del danaro del tutelato.

235. 2) Il tutore non può abbisognare d'alcuna autorizzazione per fare nell'interesse del minore gli atti che siano puramente conservativi dei beni del minore stesso. È un principio in cui tutti consentono, e intorno al quale sarebbe infatti impossibile sollevare un dubbio qualunque. “ Il tutore — fu detto giustamente — deve “ amministrare i beni del minore da buon padre di famiglia. “ Ora, la prima cura del buon padre di famiglia è di con- “ servare i proprii beni. Il tutore ha la stessa obbligazione, “ e perciò il diritto di fare tutti gli atti conservatorii „ (1). Ciò è di somma evidenza. Come sarebbe possibile subordinare all'autorizzazione del consiglio di famiglia l'adempimento d'un obbligo imprescindibile, che incombe al tutore, quale è quello di non lasciar perire nè deteriorare la sostanza del tutelato?

D'altronde il motivo della legge per esigere una tale autorizzazione mancherebbe affatto; perchè gli atti conservatorii — supposto che quelli compiuti dal tutore siano veramente tali — non possono che essere utili al minore; ed è appunto il solo interesse del minore, e il pericolo a cui potrebb'essere esposto per una determinazione mal presa, che consiglia a non permettere al tutore certi atti,

(1) V. Laurent, t. V, n. 43, pag. 49, 50.

se non vi sia stato prima autorizzato dal consiglio. Per una simile considerazione precisamente sta il principio, che anche le persone colpite d'incapacità per gli atti civili in generale, possono però fare validamente nel proprio interesse gli atti conservatorii; e tanto più deve ciò esser lecito a chi rappresenta l'incapace.

La difficoltà potrebbe solo consistere nel risolvere in casi particolari il dubbio, se determinati atti avessero propriamente il carattere di semplicemente conservatorii. Intorno a che però questa parola stessa indica abbastanza la regola generale, che è da seguire. Atti conservativi sono quelli soli, il cui oggetto consista nel mantenere i beni nello stato in cui si trovano, nel preservarli coi mezzi opportuni dalle cause di perimento o di deteriorazione, che si presentino.

Riconosciuta la evidenza del principio, che il tutore possa fare da solo tutti quegli atti i quali abbiano carattere meramente conservativo, vediamone ora l'applicazione alle diverse specie di beni che possano far parte del patrimonio del minore; secondochè siano corporali, e in questo caso immobili o mobili, ovvero siano incorporali.

236. Tra gli atti conservativi, rispetto ai beni immobili, devono incontestabilmente annoverarsi le riparazioni, che occorra di dover fare agl'immobili stessi; ed anzi ne è questo il più certo e più ovvio esempio, giacchè, secondo la definizione datane superiormente, in nessun altro caso può trovarsi scolpito con maggiore evidenza il carattere di atti il cui oggetto consiste nel mantenere i beni nello stato in cui si trovano, ed impedirne il perimento o la deteriorazione. E nessuno infatti contrasta che il tutore possa da solo, e debba anzi far eseguire tutte quelle riparazioni ordinarie, le quali si considerano come un carico dei frutti, perchè comunemente si effettuano a spese delle rendite, e la cui previsione dev'essere stata compresa nella somma che il consiglio di famiglia avrà determinata in

principio di tutela per le spese di amministrazione patrimoniale. È invece una questione disputata assai quella che riguarda il competere, o no, al tutore la facoltà di fare, senz'autorizzazione del consiglio di famiglia, le grosse riparazioni agl'immobili, quelle alle quali non potendo ordinariamente bastare i redditi patrimoniali, si rende necessario recarne l'importo a diminuzione d'un'altra parte della sostanza capitale.

A questo proposito troviamo divisa la dottrina francese in due campi opposti: nell'uno dei quali si propugna la necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia (1), nell'altro si difende la libera facoltà del tutore (2). Nè queste opinioni stesse sono professate da tutti i fautori di ciascuna con perfetta uniformità di vedute e come massime assolute; ma quasi ognuno degli autori, che abbiamo citati, vi appone condizioni e limitazioni, che vengono a formare altrettanti sistemi distinti e in parte sconcordanti.

Così lo Zachariae accenna l'autorizzazione del consiglio di famiglia, non come una necessità assoluta, ma come un consiglio di prudenza, che porge al tutore affinchè questi possa sollevarsi dalla responsabilità che incorre.

Il Toullier dice che " le grosse riparazioni debbono " esser fatte per aggiudicazione all'asta pubblica, salvochè " il tutore sia autorizzato dal consiglio di famiglia per ese- " guirle ad economia ", e così considera quest'autorizzazione come richiesta al solo scopo di esimere il tutore da una formalità, che del resto è di pura invenzione dell'autore, perchè il codice Francese in nessun luogo la impone al tutore.

Il Duranton ritiene indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia nel solo caso che per insufficienza dei redditi bisogni prendere le somme occorrenti per le

(1) V. Toullier, t. II, n. 1209; Zachariae, t. I, § 113, n. 4; Duranton, t. III, n. 559; Demolombe, t. VII, n. 648-651.

(2) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 470; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 50; Laurent, t. V, n. 44, pag. 51 e seguenti.

riparazioni degli immobili *sui capitali* del minore; e soggiunge che l'omologazione del tribunale non è poi necessaria, se non quando per tali spese occorra di dover contrarre un mutuo, od alienare o ipotecare altri beni immobili.

Il Demolombe manifesta molta incertezza. Riconosce buono il consiglio dato da alcuni al tutore, di farsi autorizzare dal consiglio di famiglia prima d'intraprendere grosse riparazioni; ma osserva che ciò riguarda solo le relazioni tra il tutore stesso e l'amministrato, e distinguendone quelle che concernano invece i terzi contraenti col tutore, pone la questione: se quest'ultimo abbia, o no, qualità per fare da solo le grosse riparazioni, e se il contratto, ch'egli ne abbia stipulato con un intraprenditore o con altri, abbia virtù di obbligare il minore, e di attribuire al terzo contraente azione su tutti i beni del minore stesso.

In questa parte trova che il fare le grosse riparazioni essendo pur sempre un atto di amministrazione semplice, nè per esso essendovi alcun testo che imponga la necessità pel tutore di ottenere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, vi sia in ciò un sufficiente fondamento logico *per dover fare qualche parte alla conchiusione* che al tutore spetti per tale oggetto *una certa libertà di azione*. Ed anzi la concede intiera pei *casi di urgenza*, e per quelli in cui il tutore compia le riparazioni grosse impiegandovi quella parte dei redditi, che il consiglio abbia lasciati a sua disposizione per le spese di amministrazione patrimoniale, od anche il rimanente dei redditi, o i capitali stessi del minore, purchè abbia pagato a pronti contanti, e non abbia assunte verso l'intraprenditore, o i somministratori o gli operai, obbligazioni da soddisfarsi in seguito a carico del minore; dicendo che in tali casi *quei terzi sarebbero al coperto da qualunque specie di azione da parte del minore*.

Riduce così la questione al solo punto della obbligatorietà a carico del tutelato, o della nullità dei contratti,

che il tutore avesse fatti con terze persone per grosse riparazioni da eseguirsi sui beni dell'amministrato stesso. E quantunque riconosca la difficoltà di risolvere tale questione a vantaggio del minore, reputa *non affatto impossibile l'arrivarvi giuridicamente*, fondandosi su questa proposizione: " che risulti da tutta l'economia del codice civile, " non potere il tutore, a riguardo di terze persone, con- " trarre validamente verso di loro obbligazioni personali, " qualora queste siano evidentemente di tale natura da " intaccare i capitali del minore, il fondo stesso e la so- " stanza del patrimonio di lui „. Ne conchiude, che poichè i terzi contraenti hanno saputo o dovuto sapere, che l'obbligazione per grosse riparazioni non potendo per la natura e l'entità di queste essere soddisfatta sui soli redditi, ma dovendo naturalmente stare a carico della sostanza capitale, il tutore non aveva qualità per consentire da solo ad aggravarne il tutelato, i terzi stessi debbano dunque subirne la conseguenza nella inefficacia del contratto da essi fatto col tutore non autorizzato.

Il Chardon reputa bensì esente il tutore dall'autorizzazione consigliare per far eseguire le riparazioni, anche grosse, che occorrano ai beni del tutelato; ma ciò pel solo caso " che i redditi gli offrano un margine sufficiente per " provvedere a tali spese, senza eccedere la somma ch'è " autorizzato ad adoperare annualmente per l'amministra- " zione della tutela; chè se fosse altrimenti, se bisognasse " por mano sui capitali del minore, in tal caso, come in " tutti quelli nei quali si rendano indispensabili misure " straordinarie, il tutore *dovrebbe ricorrere all'autorizzazione " del consiglio di famiglia* „.

I signori Aubry e Rau e Laurent sono i soli che su questa questione professino una massima recisa, assoluta, escludente qualunque distinzione. Secondo loro, anche le grosse riparazioni, e quando pure non sieno urgenti, essendo sempre essenzialmente atti di conservazione, e quindi di amministrazione semplice, debbono reputarsi indistinta-

mente comprese nelle libere facoltà del tutore; e ciò posto i contratti, che per tale oggetto siano stati fatti dal tutore con terze persone, purchè siano avvenuti in buona fede e in conseguenza d'una necessità reale, devono essere obbligatorii pel minore, e dar luogo in favore dei terzi contraenti alle azioni loro sovra tutti i beni del minore, quando pure le spese di quelle riparazioni non possano essere sostenute coi fondi posti a disposizione del tutore per l'amministrazione.

Fra i commentatori del codice italiano, qualcuno ha reputato essere di libera competenza del tutore " l'eseguire " le riparazioni ordinarie o straordinarie, di cui abbiso- " gnino i beni del minore, *spendendovi le rendite, ed anche* " *i denari esistenti nel patrimonio; ma non contraendo mutui,* " *o alienando i capitali, salvo il caso di urgenza, nel quale il* " *consiglio di famiglia e il tribunale ratificheranno il contratto.* " I contratti che per l'esecuzione delle riparazioni avesse " stipulato coi terzi sarebbero regolarmente validi „ (1). Evidentemente l'autore ha inteso di riprodurre le idee del Demolombe; ma, per quanto ci sembra, assai inesattamente in qualche parte. Il Demolombe avea detto che " nei casi " di urgenza, il tutore avrebbe il diritto, ed anzi il dovere, " di prendere i provvedimenti conservatorii, ed anche di " eseguire — intanto che il consiglio prendesse un partito " definitivo — *certe riparazioni per impedire la ruina totale* „, soggiungendo che *anche le grosse riparazioni propriamente dette* potrebbero farsi eseguire dal tutore senza esservi autorizzato, qualora potesse provvedervi colle rendite lasciate a sua disposizione, od anche col prodotto di capitali esistente in sue mani, ma *a contanti, senza contrarre alcuna obbligazione personale, pagando man mano i somministratori e gli operai.* Ma non ha certo pensato a dire che il tutore *potesse per urgenza contrarre mutui od alienare i capitali* — enormità questa, troppo evidentemente contraria allo

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 629, pag. 438.

spirito della legge — nè che il consiglio di famiglia e il tribunale avessero poi a ratificare il contratto fatto in tal caso d'urgenza dal tutore; quasichè — dato che per l'urgenza il tutore avesse il potere suo proprio di contrattare in nome del minore per le riparazioni da farsi ai beni di lui, ed anche di stipulare mutui od alienazioni di capitali — potesse ancora rendersi necessaria la ratifica d'un contratto, che sarebbe stato pienamente valido fin dal suo inizio, o che si avesse a chiedere una ratifica anche quando fosse assolutamente impossibile il negarla.

Un altro autore professò, senz'ammettere distinzione alcuna, che il tutore abbia sempre facoltà piene e libere in ordine alle riparazioni anche straordinarie (1); e questa dottrina ottenne recentemente un altro suffragio autorevole, appoggiato alla considerazione che " la riparazione, " qualunque ne sia l'entità, è un *atto di conservazione*, " e il tutore non ha bisogno di essere autorizzato *per* " *conservare* " (2).

In mezzo a tanta discordanza di dottrine — in alcuna delle quali si manifestano esitazioni, che rendono testimonianza della difficoltà della questione — esporremo il povero avviso nostro, cercando di rimuovere tutto ciò che possa dar luogo a confondere idee che debbano rimanere distinte.

E dapprima confesseremo che in questa disputa, e in relazione speciale al codice civile italiano che dobbiamo interpretare, ci sentiamo preoccupati dal concetto, che per esso si volle fare dominante in questa materia, di restringere piuttostochè ampliare le facoltà del tutore, al fine di diminuirne la responsabilità, giustificando così il minor rigore usato verso di lui rispetto alla cauzione.

Ciò premesso, ed entrando nel merito della questione, ammettiamo senza ombra di dubbio noi pure che le ripa-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 625, pag. 997.
(2) V. Paoli, *La tutela, la interdizione e la inabilitazione*, pag. 77, n. 3.

razioni, sebbene straordinarie, sono sempre, e non altro, *atti conservativi*, compresi quindi di loro natura tra quelli di semplice amministrazione, epperò spettanti per sè stessi al libero potere del tutore, senza ch'egli abbia bisogno di farvisi autorizzare dal consiglio di famiglia. È anzi quella una proposizione che già enunciammo e credemmo di aver dimostrata trattando d'un altro argomento (1).

Ma basta forse ciò per dedurne che il tutore possa provvedere da solo alle riparazioni straordinarie di cui si presenti il bisogno negli stabili del minore, non solo valendosi di quella somma che per spese annue d'amministrazione fu stabilita in principio di tutela dal consiglio di famiglia, ma anche adoperandovi quella parte di rendite che dal consiglio stesso era stata destinata ad essere impiegata come risparmio, o il danaro riscosso in rimborso di capitali, o contraendo debiti a carico del minore? È questa che non ci sembra una conseguenza legittima del principio surricordato. Perchè il fare le riparazioni, di qualsiasi natura, di cui abbisognino i beni del tutelato, sia un atto conservativo, spettante come tale all'amministrazione libera del tutore, non ne deriva che questi abbia facoltà di compiere a tale scopo qualunque altro atto, ancorchè tale da richiedersi per esso, secondo le norme di legge, l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Chi vorrebbe sostenere, per esempio, che per procurarsi i mezzi onde eseguire riparazioni in uno stabile del minorenne, il tutore potesse di suo arbitrio alienare un altro stabile senza chiederne autorizzazione? Non è il caso certamente di applicare il principio che chi vuole il fine vuole i mezzi, dicendo che se la legge lascia libero il tutore nell'operare le riparazioni — essendo questo un atto di semplice amministrazione — debba anche lasciargli libero l'impiegarvi i mezzi occorrenti; giacchè quel principio suppone un fine che si ritenga necessario a conseguire, e

(1) V. vol. VII, n. 201, pag. 467 e seguenti.

mezzi che siano indispensabili per ottenerlo; mentre per provvedere a riparare gli stabili del minore possono offrirsi mezzi diversi, dalla cui scelta può dipendere il fare l'interesse reale di lui, od al contrario il pregiudicarne la sostanza stessa capitale; e mentre può darsi ancora che, qualunque mezzo si adotti, sia per risultarne danno anzichè vantaggio, essendo maggiore il costo delle opere da eseguirsi, che il valore di cui si otterrebbe la conservazione; ond'è che il fare le riparazioni non si presenta come un atto necessario ad effettuarsi, ma come una operazione di cui sono da bilanciare nell'interesse del minore gli utili e i danni, per determinarsi ad effettuarla o ad ometterla.

Ci converrà dunque esaminare distintamente i singoli casi che abbiamo sopra accennati, in cui s'impieghino per le riparazioni agli stabili del minore le sole somme destinate dal consiglio di famiglia per le spese di amministrazione patrimoniale, o i risparmi annui che dovrebbero essere investiti in un modo particolare determinato dal consiglio stesso, o il danaro provenuto da rimborso di capitali, o in cui le riparazioni si facciano contraendo debiti a carico del minore, per vedere se in ciascuno di essi possa ritenersi facoltativo al tutore di provvedere alle riparazioni con un tal mezzo, senza farvisi autorizzare dal consiglio di famiglia.

Premettiamo però una osservazione generale, che ci sembra di qualche importanza. Se le riparazioni fatte eseguire dal tutore saranno state veramente e manifestamente necessarie od utili, s'egli avrà fatto con ciò a tutta evidenza l'interesse reale del tutelato, sarà ben raro che nascano controversie, e in ogni caso dovranno sempre essere risolte contro il minore. Sia pure responsabile il tutore degli avanzi sulle rendite che aveva accumulati, o dei capitali che aveva riscossi, e che avrebbe dovuto impiegare o reinvestire nel modo determinato dal consiglio di famiglia. Ma se ha convertito quei risparmi o quei capitali in reale e corrispondente utilità del patrimonio

del minore, o tanto più in cosa che fosse assolutamente necessaria, la sua responsabilità è con ciò esaurita; poichè al credito che s'invocasse contro di lui per quei risparmi, per quei capitali non impiegati nel modo stabilito, egli contrapporrebbe legittimamente il credito proprio per le riparazioni necessarie od utili fatte nei beni del minore. E se le riparazioni saranno state compiute contraendo debiti verso gl'imprenditori, i somministratori o gli operai che le abbiano eseguite, costoro potranno sempre far valere i corrispondenti loro crediti contro il tutelato, a cui non può esser lecito di avvantaggiarsi a detrimento altrui; come non potrebb'essere negato il diritto di rimborso ad un gestor d'affari, che avesse sostenute le spese per quelle riparazioni.

Le questioni non potranno insorgere, se non nei casi in cui sia almeno disputabile se le riparazioni eseguite fossero veramente necessarie, o se l'interesse del minore avrebbe sofferto un minor pregiudizio lasciando perire o deteriorarsi i beni in cui le riparazioni furono fatte. Ed allora non deve far meraviglia, è anzi perfettamente consentaneo agl'intendimenti della legge, nell'ufficio superiore da essa attribuito al consiglio di famiglia, che prima di devenire ad atti eccedenti di natura loro le facoltà libere del tutore, per uno scopo di cui non sia manifestamente certa la necessità, o sia contestabile la utilità, debba richiedersi l'autorizzazione del consiglio stesso.

Considerate le cose sotto questo aspetto, supponiamo ora in primo luogo, che il tutore compia le riparazioni straordinarie occorrenti agli stabili del minore, impiegandovi soltanto quella parte di rendite che il consiglio di famiglia gli aveva assegnate per le spese di amministrazione patrimoniale. In questo caso non esiteremmo ad accogliere l'opinione, che ritiene non necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia. È vero che le spese, in previsione delle quali era stabilita quella somma annua da tenersi a disposizione del tutore, erano le ordinarie

di amministrazione, non le straordinarie di grosse riparazioni agli stabili dell'amministrato. Ma, ad ogni modo, nei limiti di quella somma le facoltà del tutore erano libere in virtù della deliberazione stessa del consiglio di famiglia, salvo sempre l'obbligo di giustificare e dimostrare utili al minore le spese sostenute, per farle ammettere nel rendimento dei conti. E se il tutore, con savie economie nel resto dell'amministrazione, riesce a risparmiare sulla somma annua assegnatagli quanto basti per sopperire anche alle spese di straordinarie riparazioni, qual ragione vi sarebbe di assoggettarlo all'autorizzazione del consiglio per erogare così queste somme, che avrebbe potuto liberamente adoperare per qualunque altro uso nell'amministrazione tutelare?

Ma supponiamo invece che il tutore impieghi nelle riparazioni gli avanzi delle rendite, che avrebbe dovuto investire in altro modo stabilito dal consiglio di famiglia, o le somme dei capitali riscossi per conto del minore. E parifichiamo questi due casi, perchè anche gli avanzi delle rendite si convertono in capitali, dovendo quelli essere impiegati, come questi debbono essere reinvestiti, nel modo che il consiglio abbia determinato: sicchè non è sostanzialmente diverso l'atto, che fa il tutore disponendo degli uni o degli altri, per provvedere alle riparazioni occorrenti negli stabili del tutelato. Ora, appunto perchè vi è una deliberazione del consiglio di famiglia, che prescrive un dato modo d'impiego di quelle somme, non crediamo ammissibile che il tutore possa di proprio arbitrio rivolgerle ad una destinazione diversa, senza chiedere ed ottenere dal consiglio stesso una nuova deliberazione, che, autorizzando questo differente modo di impiego, revochi la precedente. Che importa allora che le riparazioni anche straordinarie siano atti conservativi, di semplice amministrazione, e questi siano generalmente in libera facoltà del tutore? Siamo ben lontani dal negarlo; e il tutore potrà certamente agire di propria autorità,

senza bisogno di alcuna autorizzazione, finchè provvedendo all' esecuzione di simili opere non usi mezzi e non compia atti che escano per sè stessi dai limiti dei poteri che gli sono attribuiti. Ma, se per effettuare quelle riparazioni gli era necessario ricorrere ad atti, che non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, per esempio, alienare altri immobili, cedere crediti, trasferire carte di credito, prendere denaro a mutuo, gli sarà indispensabile ricorrere al consiglio di famiglia per essere autorizzato, non precisamente *a fare gli atti di conservazione* dei beni del minore bisognevoli di riparazioni, ma ad impiegarvi come mezzi quei tali atti di disposizione d'altri beni del tutelato, a cui non è lecito al tutore di devenire senza l'autorizzazione del consiglio.

E questo, che nei casi ora accennati ci sembra di tanta evidenza da non essere contestabile, crediamo doversi applicare per pari ragione eziandio qualora il tutore, per provvedere a riparazioni straordinarie, abbia ad impiegarvi i risparmi o i capitali riscossi, che secondo le deliberazioni del consiglio dovrebbero essere impiegati in altro modo; perchè anche in tale ipotesi il tutore uscirebbe dai limiti delle proprie attribuzioni, dando a quelle somme una destinazione, che non a lui, ma al consiglio di famiglia spettava di determinare, anzi una destinazione che contrasterebbe alle deliberazioni già prese in proposito dal consiglio stesso. Comprendiamo come in diritto francese potesse ammettersi pel tutore la facoltà libera di adoperare per le grosse riparazioni, occorrenti nei beni del minore, gli avanzi delle rendite annue che avrebbe dovuto capitalizzare, ed anche le somme dei capitali riscossi che si trovassero in mani del tutore stesso: giacchè quella legislazione, secondo la dottrina più generalmente accolta, quantunque avesse imposto al tutore di far determinare dal consiglio la somma da cui gli cominciasse l'obbligo di impiegare gli avanzi dei redditi, dedotte le spese, lo aveva però lasciato perfettamente libero *quanto al modo*

dell'impiego (1), come gli consentiva pari libertà rispetto al reinvestimento dei capitali riscossi. Nulla di anormale pertanto nel ritenere, che come modo d'impiego più conveniente di quelle somme di risparmi, o di capitali esistenti in sue mani, potesse il tutore, a suo prudente criterio e sotto la propria responsabilità, determinare di erogarle in spese di riparazioni ad immobili del minore. Ma è impossibile ammettere altrettanto sotto la nostra legge, che non concede facoltà al tutore di stabilire esso il modo d'impiego dei risparmi o dei capitali riscossi; è impossibile ammettere che la deliberazione presa a norma di legge dal consiglio di famiglia su tali oggetti possa dal tutore esser messa da parte, sostituendovi di proprio arbitrio un modo d'impiego diverso, servendosi di quelle somme per fare riparazioni agli stabili, senzachè il consiglio sia interpellato ed invitato a revocare a tal uopo le sue deliberazioni anteriori.

Ma che ne sarà dunque dei terzi contraenti, impresari, somministratori, operai, che con que' mezzi siano stati dal tutore pagati dei loro crediti per le fatte riparazioni? Dovranno essi rimanere soggetti alle azioni del minore dipendentemente dalla illegittimità dell'operato del tutore? È questa apparentemente la più forte obbiezione che possa farsi (2). E nondimeno la reputiamo tutt'altro che insuperabile. I terzi contraenti sapevano, o dovevan sapere, che il tutore non poteva disporre degli avanzi delle rendite superiori alla somma che il consiglio di famiglia aveva stabilita per le spese annue di amministrazione, nè dei capitali riscossi, impiegandoli in modo diverso da quello stabilito dal consiglio stesso, senzachè questo ne fosse interpellato ed avesse cangiata la sua deliberazione anteriore: erano e dovevano essere informati della entità delle riparazioni a cui cooperavano, della impossibilità che le spese relative venissero soddisfatte colla somma fissata

(1) V. sopra, n. 205, pag. 939, 940.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 649.

per le spese ordinarie di amministrazione, delle deliberazioni prese o non prese dal consiglio stesso, della incapacità del tutore non autorizzato per quegli atti a cui deveniva con loro; è dunque esclusa quella buona fede, che, giusta l'art. 1240, § 2, cod. civ,, potrebbe esimere i terzi medesimi dalle azioni del minore.

Ma neppure i *casi d'urgenza* faranno eccezione? Non vi può esser dubbio. Sarebbe un'assurdità troppo manifesta il ritenere necessario di riportare l'autorizzazione del consiglio per provvedere all'urgenza, mentre bisogna supporre che questa sia tale da non permettere tanta dilazione quanta occorrerebbe per dar luogo alla convocazione ed alla deliberazione del consiglio. Senonchè in tale ipotesi si tratterà soltanto di quei provvedimenti momentanei, che, mentre siano indispensabili immediatamente per ovviare danni maggiori, si trovino ben lontani dall'essere assomigliabili per entità e costo alle vere e definitive riparazioni straordinarie: si tratterà, per esempio, di puntellare un edifizio che minacci ruina imminente, non di rifare quella parte di esso che stia per crollare: si sarà quindi nei limiti di quei provvedimenti a cui debbono servire le somme destinate alle spese ordinarie di amministrazione.

Supponiamo da ultimo che il tutore faccia eseguire le riparazioni straordinarie a debito del minore. È in ciò veramente che si presentano, a veder nostro, i più gravi motivi di dubbio. Il tutore non fa alcun atto di disposizione diretta della sostanza patrimoniale del minorenne, non contravviene a nessuna deliberazione formale del consiglio di famiglia. Fa un atto puramente conservativo, di semplice amministrazione, disponendo affinchè siano eseguite le riparazioni occorrenti agli stabili del minore. Ammessa la piena efficacia, e la obbligatorietà a carico del minore, di quelle convenzioni che il tutore abbia fatte a tal uopo cogl'imprenditori, coi somministratori, cogli operai, ne rimarranno, è vero, vincolati a garantia delle obbligazioni assunte i beni tutti del minore, secondo la regola generale

dell'art. 1948, e ciò trae seco una disposizione indiretta dei beni stessi. Ma — come abbiamo dimostrato in altra materia — chi amministra per un incapace, e fa gli atti di semplice amministrazione, che gli sono permessi senza vincolo di alcuna formalità abilitante, assoggetta con ciò legittimamente alla guarentia delle obbligazioni validamente assunte per l'incapace i beni tutti di quest'ultimo, sebbene di tali beni non avesse l'amministratore capacità di fare atti di disposizione diretta, se non adempiendo appunto certe forme abilitanti (1). È questa in sostanza l'argomentazione d'uno dei più illustri tra i giureconsulti, le cui opinioni abbiamo citate; nè si può disconoscere che è di molta importanza (2). Tuttavia noi dobbiamo tener presenti le disposizioni innovatrici del codice Italiano, che, a differenza del Francese, ha obbligato il tutore a far determinare dal consiglio di famiglia *il modo d'impiego* sì degli avanzi delle rendite, che dei capitali disponibili, per guisa da non lasciare al tutore — a cui volevansi limitare fino all'estremo possibile le occasioni di rimanere in debito verso il minore — altre facoltà, nella stessa cerchia della semplice amministrazione ordinaria, fuorchè per disporre di quella parte di rendite che il consiglio di famiglia abbia deliberato di destinare alle spese personali pel minore ed a quelle di amministrazione del patrimonio di lui. È vero ciò che nota il lodato autore, che *i termini stessi della legge* — laddove parla di queste spese di amministrazione patrimoniale — *provano ch'essa si riferisce alle spese ordinarie, non a quelle che accidentalmente siano occasionate dalle riparazioni.* Ma il nostro codice non si ferma a questa sola disposizione; un'altra ne reca relativamente a tutte quelle rendite che sopravanzino appunto a codeste spese di amministrazione ordinaria, vietando che di tali avanzi delle rendite, come pure dei capitali che vengano rimborsati al

(1) V. vol. VII, n. 209, pag. 517, 158.
(2) V. Laurent, t. V, n. 44, pag. 42.

minorenne, possa il tutore fare impiego, se non nel modo che per deliberazione formale del consiglio di famiglia sia stato riconosciuto più conveniente. E se perciò, come dimostrammo superiormente, non potrebb'esser lecito al tutore di convertire in altro uso, diverso da quello stabilito dal consiglio, gli avanzi delle rendite e i capitali riscossi, i denari insomma esistenti in sue mani, impiegandoli nelle spese di riparazione agli stabili, con quale coerenza sarebbe poi ammissibile che il tutore, nulla avendo in cassa, facesse a debito le grosse spese di riparazioni straordinarie, esponendo, senz'autorizzazione del consiglio di famiglia, ad un'alienazione forse inevitabile e rovinosa una parte della sostanza capitale del minore, fors'anche quei medesimi beni intorno ai quali avesse con mal consiglio eseguite riparazioni costose e assorbenti talvolta il valore ricavabile dalla vendita dei beni stessi? Il Demolombe, mentre riteneva doversi ammettere, secondo il codice Francese, la libera facoltà del tutore di fare le spese di riparazioni impiegandovi i danari esistenti in sue mani, ancorchè provenissero da capitali del minore, dichiarava spiacere a lui stesso questa conclusione " parendogli pericoloso l'accordare al tutore solo di potere " spendere forse molto per qualche stabile, che sarebbe " all'opposto nell'interesse del minore di lasciar cadere, " o piuttosto abbatterlo „. Il Laurent sostenendo, contro il Demolombe, che il tutore potesse anche contrarre validamente, senza esservi autorizzato, debiti a carico del minore per far eseguire riparazioni ad immobili, conveniva " che " in ciò eravi senza dubbio un pericolo pel minore, e che " forse la legge avrebbe dovuto esigere l'intervento del " consiglio allorchè il tutore avesse dovuto toccare alla " sostanza capitale del minore; ma dacchè la legge non " l'aveva fatto, era forza applicare il principio che il tutore " amministra liberamente sotto la propria responsabilità „.

Ebbene, ciò che questi autori trovavano mancante nella legge francese, sembra a noi che vi sia nella nostra: la

quale con un intendimento espressamente dichiarato di restringere le facoltà del tutore, non volle lasciargli libero il modo d'impiego delle sostanze del minore, neppur quando siano avanzi di rendite o capitali riscossi, che si trovino disponibili presso il tutore stesso; ond'è che, a quanto ci sembra, non sarebbe possibile, senza indurre la legge in una manifesta contraddizione con sè stessa, il ritenere ch'essa vincolando il tutore all'autorizzazione del consiglio di famiglia per convertire in riparazioni agli stabili il danaro che si trovasse in cassa, lo lasciasse poi libero nel contrarre per simil causa dei debiti, esponendo con ciò la sostanza capitale del minore ad espropriazioni, di cui sarebbero imprevedibili i danni, che si aggiungerebbero a quelli d'una possibile mal consigliata esecuzione di quelle riparazioni. Se v'è caso a cui possano estendersi, non solo per identità, ma anzi per preponderanza di motivi, le proibizioni recate dall'art. 296 — che pur dimostrammo non doversi considerare come assolutamente contassative — ci pare appunto tra gli altri questo. Il contratto fatto dal tutore non autorizzato, dovendosi pertanto considerare come nullo relativamente al minore, ne seguirà che se nell'interesse di quest'ultimo si tratti di rifiutarsi alla esecuzione del contratto medesimo, non spetti all'imprenditore il diritto d'invocare la disposizione dell'articolo 1641 cod. civile, per ottenere le indennità da quella disposizione contemplate; e che, se invece il contratto sia già stato eseguito, il minore non possa esser tenuto a corrispondere all'imprenditore il prezzo convenuto dal tutore, ma solo quanto corrisponda alla effettiva utilità da lui ottenuta (1).

Le suddette riflessioni potranno anche salvarci, lo speriamo, dalla taccia di contraddizione, nonostantechè abbiamo ritenuto che il genitore esercente la patria potestà possa contrarre validamente da solo obbligazioni in nome

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 650.

del figlio minore, per spese di riparazioni anche straordinarie ai beni di quest'ultimo (1). Le ragioni per le quali abbiam creduto doversi adottare una massima opposta rispetto al tutore, sono fondate sul sistema speciale stabilito dal nostro codice nell'ordinamento della tutela, sulle limitazioni che si vollero apporre alle facoltà del tutore anche in ciò che riguarda qualche atto di semplice amministrazione ordinaria. Or tutto questo nulla ha di comune coll'ordinamento della patria potestà.

Concludendo pertanto, tra le varie opinioni manifestate dagli autori intorno alla questione che abbiamo svolta, ci sembrerebbe la più conforme allo spirito della legislazione nostra quella del Chardon, il quale insegnava che il tutore potesse bensì, senz'autorizzazione del consiglio di famiglia, far eseguire le riparazioni anche straordinarie di cui si presentasse il bisogno nei beni del minore, *purchè però trovasse nelle rendite i mezzi sufficienti per provvedere a tali spese, senza eccedere la somma che il consiglio l'avesse autorizzato ad erogare annualmente nell'amministrazione del patrimonio; ma se fosse altrimenti, se si rendessero indispensabili dei mezzi straordinari, si dovesse ricorrere all'autorizzazione del consiglio di famiglia* (2).

Tra gli atti conservativi, rispetto ai beni immobili, è pure da annoverarsi certamente l'assicurazione di essi contro i danni derivabili da incendio o da altri casi fortuiti. Il tutore potrà quindi, senza bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia, stipulare validamente i contratti relativi, ed assumere in nome del minore le corrispondenti obbligazioni (3). Chè anzi — come fu giustamente osservato dal primo dei citati autori — l'assicurazione dagli incendi essendo oramai entrata tanto nelle abitudini generali, che nessuno amministratore di comune prudenza e

(1) V. vol. VII, n. 201, pag. 467-469; n. 204, pag. 485, 486.

(2) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte 3ª, n. 470.

(3) V. Demolombe, t. VII, n. 687; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 51; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 629, 2°.

diligenza trascura di approfittarne, e d'altra parte essendo il tutore tenuto ad amministrare con quella cura che un buon padre di famiglia ordinariamente adopera, potrebbe quindi il tutore esser tenuto responsabile dei danni d'un incendio contro cui avesse ommesso di assicurare i beni del minore. Ben s'intende che il dichiarare, o no, una tale responsabilità a carico del tutore, potrebbe dipendere dalle circostanze particolari del caso, valutabili a loro prudente criterio dai giudici del merito.

237. Massime simili a quelle che nel numero precedente dimostrammo rispetto agli atti conservativi dei beni immobili del minore, crediamo applicabili eziandio per la conservazione dei beni mobili, la quale è senza dubbio una delle obbligazioni principali che incombono nell'amministrazione tutelare a chi la esercita, e come attenente di natura sua alla semplice amministrazione ordinaria: è quindi da riguardarsi per sè come compresa in quei poteri che sono affidati al tutore solo, senza subordinarne l'esercizio all'adempimento d'alcuna formalità abilitante. Nondimeno, in ordine alle riparazioni che siano da farsi ai beni mobili rimasti nel patrimonio del minore — sia che esistendovi fin dal tempo dell'apertura della tutela, ne sia stata deliberata la conservazione, secondo il disposto dell'articolo 290, § 2, sia che essendovi entrati posteriormente, per successione od altra causa, non ne sia stata deliberata la vendita giusta l'art. 296 — reputiamo pure da seguirsi per analogia le medesime distinzioni che abbiamo segnalate per le riparazioni agl'immobili; ritenendo, cioè, che il tutore possa sempre far eseguire, senz'uopo d'alcuna speciale ed apposita abilitazione, le piccole riparazioni, il cui bisogno si rinnova a non lunghi periodi, le cui spese in ogni bene ordinata amministrazione si calcolano come un carico dei redditi patrimoniali; e possa pure liberamente far eseguire anche le grosse riparazioni, qualora gli riesca di provvedervi senza oltrepassare i limiti

della somma stabilita dal consiglio di famiglia in principio della tutela per le spese di amministrazione; ma all'opposto gli bisogni richiedere l'autorizzazione del consiglio medesimo, se per tali spese di grosse riparazioni occorra di dovere adoperare una parte di quegli avanzi sulle rendite, che, a norma delle disposizioni date al cominciare della tutela, dovrebbero essere impiegati in altro modo, o tanto più la totalità o parte d'un capitale rimborsato al minore, e di dover contrarre debiti a carico di quest'ultimo.

Uno degli autori francesi, che, relativamente ai beni immobili del minore, pongono limitazioni alla facoltà del tutore di far eseguire grosse riparazioni, almeno quanto al poter contrarre per tale oggetto debiti a carico del minore, rispetto ai beni mobili insegna invece, in termini assoluti e senza distinzioni, che il tutore " debba curare " la conservazione dei mobili invenduti, e *farli riparare* " *se ve n'è bisogno* „ (1). Non crediamo però che questa differenza tra beni immobili e mobili sia ammissibile secondo la nostra legge, se pure non è erronea l'interpretazione che ne abbiam data nel numero precedente. Ammesso, come a noi parve doversi ammettere, che le riparazioni anche straordinarie sono sempre atti di conservazione, stanti nei limiti della semplice amministrazione ordinaria, sicchè come tali e per sè stessi sarebbero di competenza libera del tutore — ma che altrettanto non può dirsi degli atti che il tutore compia come mezzi per provvedere a quelle riparazioni, i quali, se eccedano le ordinarie facoltà libere del tutore stesso, l'obbligano ad ogni modo a riportare per essi l'autorizzazione del consiglio di famiglia — quale influenza potrà mai esercitare in tutto ciò la circostanza che i beni, intorno ai quali occorrano le riparazioni, siano mobili piuttostochè immobili? Non sarà men vero per questo, che se il tutore non può fare le ripara-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 637.

zioni coi mezzi, che sono posti a sua disposizione per le spese annue di amministrazione, se deve ricorrere invece ad intaccare i risparmi od i capitali rimborsati al minore, che dovrebbe impiegare o reinvestire in altro modo determinato dal consiglio di famiglia, o ad alienare altri beni, o a ceder crediti, o a prendere danaro a mutuo, o a contrarre debiti in nome del minore, questi od altri atti, che per la natura loro richiedono in forza di legge l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e che tale loro natura non cangiano perchè siano fatti allo scopo di provvedere alle riparazioni di beni del minore, non potranno dunque esser compiuti di propria autorità del tutore. Una sola differenza potrà notarsi con ragione tra i casi, che le riparazioni occorrano in beni mobili, anzichè in beni immobili: che, cioè, rispetto a quelli si verificherà assai più facilmente e frequentemente che le riparazioni, anche straordinarie, possano effettuarsi senza bisogno di ricorrere ad altri mezzi fuor delle somme destinate dal consiglio di famiglia per le spese annue di amministrazione. Ma talora potrà anche essere altrimenti, come, per esempio, se si trattasse di grosse riparazioni da farsi a macchine di gran costo poste in uno stabilimento industriale, di cui fosse stata autorizzata la continuazione di esercizio nell'interesse del minore; e in simili casi non vedremmo il perchè non dovessero seguirsi le medesime massime che reputammo da adottarsi quanto alle riparazioni straordinarie di beni immobili del minore.

Anche quanto all'assicurazione contro i danni d'incendio, è applicabile indubbiamente ai beni mobili la stessa massima ritenuta quanto agl'immobili, che, cioè, sia quello un atto conservativo, di semplice amministrazione ordinaria, pel quale pertanto il tutore non può abbisognare di autorizzazione del consiglio di famiglia. Quanto all'altra massima, che pure accennammo, relativa alla responsabilità del tutore pel caso che ommettesse di stabilire il contratto di assicurazione, è però da notare, che non

potendosi dire comune, come per gl'immobili, l'abitudine di assicurare anche i mobili dai danni dell'incendio, non sarebber neppure da ritenere così generalmente imputabili per tale ommissione i tutori, come se avessero trascurato di fare una cosa che qualunque buon padre di famiglia d'ordinaria prudenza e diligenza non avrebbe tralasciata. Tuttavia una simile imputabilità potrebbe risultare da circostanze speciali apprezzabili dai giudici: come quando si trattasse di beni mobili esposti per la destinazione loro a più facile pericolo d'incendio, per esempio in uno stabilimento industriale esercitato per conto del minore, sicchè ogni buon padre di famiglia avrebbe in considerazione di tale specialità curata l'assicurazione.

Alla conservazione dei beni mobili del minore si collega anche la particolare disposizione dell'art. 296 cod. civile, che in via di eccezione alla regola, secondo cui ogni alienazione di beni immobili o mobili dev'essere autorizzata dal consiglio di famiglia, concede al tutore di poter vendere liberamente *i mobili soggetti a facile deterioramento.* Non già che quest'alienazione possa veramente qualificarsi come atto semplicemente conservativo, giacchè per sè medesimo esso è incontestabilmente un atto di disposizione dei beni, quantunque per la urgenza di effettuarlo sia abbandonato alla libera facoltà del tutore. Ma non può negarsi che un carattere conservativo assuma almeno pel suo scopo, che è appunto d'impedire la diminuzione di valore, che potrebbesi verificare nel patrimonio del minorenne, qualora non fosse prevenuta con una vendita fatta a tempo la facile deteriorazione di tali beni.

Altre volte ci si presentò incidentalmente occasione di accennare il senso, che reputiamo doversi attribuire alla espressione usata dalla legge, di *mobili soggetti a facile deterioramento:* parendoci che l'urgenza di alienarli debba esser tale da non lasciar tempo a chiedere e riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia prima che la

deteriorazione probabilmente avvenga (1). È infatti questo solo, che può giustificare, per l'interesse medesimo del minore, la eccezione fatta alla regola, che il tutore non abbia facoltà di alienare neppure i beni mobili del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

238. Anche pei beni incorporali, pei diritti spettanti al minore, possono aver luogo atti conservativi, i quali pertanto dovranno considerarsi sempre come esercibili efficacemente dal tutore, ancorchè non munito di autorizzazione del consiglio di famiglia. Il che già osservammo verificarsi negli atti interruttivi di prescrizione, che dicemmo esser validi, sebbene fatti mediante domanda giudiziale introdotta dal tutore, che dal consiglio di famiglia non sia stato autorizzato a promuoverla (2). E notammo, che sebbene il convenuto abbia interesse e diritto a chiedere la sospensione della procedura, finchè non sia regolarizzata riportandosi dal tutore quell'autorizzazione a promuovere azione in giudizio, che a norma dell'art. 296, § 2, gli è necessaria: non potrebbe però il convenuto stesso contestare l'effetto interruttivo della prescrizione derivato dalla notificazione a lui della domanda giudiziale, allegando la nullità di questa per la mancanza dell'autorizzazione consiliare; perchè — oltre a non trattarsi d'uno di quei *difetti di forma*, che, com'è previsto nell'art. 2128 cod. civ., producendo nullità della citazione fanno considerare come non interrotta la prescrizione, ma d'incapacità della parte, che non le impedisce di fare validamente essa medesima atti conservativi dei proprii diritti — la nullità dell'atto, se mai, non potrebb'essere che relativa al minore in cui nome è fatto, nè potrebbe ritorcerla in di lui danno il terzo, il cui interesse è pienamente soddisfatto, i cui diritti sono protetti quanto è possibile, se ottiene sopra sua domanda

(1) V. vol. VII, n. 208, pag. 516.
(2) V. sopra, n. 222, pag. 1029, 1030.

che la procedura rimanga in sospeso fino a che non sia regolarizzata mediante l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e che, qualora codesta autorizzazione non si ottenga prima dello spirare d'un termine da fissarsi dall'autorità giudiziaria, lo si assolva dalla osservanza del giudizio (1).

239. Ciò che abbiam detto delle riparazioni straordinarie, vale a maggior ragione per le ricostruzioni, per le nuove costruzioni od altri miglioramenti, che il tutore pensasse opportuno di fare negli stabili dell'amministrato. Egli dovrebbe invocarne l'autorizzazione dal consiglio di famiglia, in mancanza della quale non avrebbe potere di contrarre per tali cause obbligazioni in nome del minore, nè di disporre in alcun modo delle sostanze di lui, salvo che si trattasse d'opere di così lieve costo da potervi provvedere valendosi delle somme ammesse dal consiglio di famiglia per le spese annuali di amministrazione: nel qual caso reputeremmo che il tutore potesse procedere liberamente, senza bisogno d'altra autorizzazione speciale, giacchè in realtà le spese di queste piccole opere, sebbene non siano di semplice riparazione, ma di ricostruzione, o di costruzione nuova, o di miglioramento, soglionsi in ogni buona amministrazione considerare come un carico dei frutti, e si prelevano da essi, e il tutore non uscendo dai limiti che per le spese di amministrazione gli furono prefissi dal consiglio, non eccede le proprie facoltà.

Siffatte massime, che già dimostrammo adottabili, secondo la nostra legge, per le riparazioni straordinarie, diciamo parerci applicabili per ragioni anche maggiori alle ricostruzioni od ai miglioramenti; giacchè, come in altro luogo osservammo, questi non potrebbero neppure considerarsi come atti di semplice amministrazione ordinaria, trattandosi, non di sola conservazione di beni esi-

(1) V. Duranton, t. III, n. 572; Demolombe, t. VII, n. 687.

stenti, ma di ricostituire beni periti, o di creare valori nuovi a spese del restante patrimonio (1).

Anche dagli interpreti del codice Francese era infatti riconosciuta la impossibilità di attribuire al tutore più larghe facoltà per le spese di ricostruzione o di miglioramento, che per quelle di riparazioni straordinarie (2). Ed anzi tra quegli stessi che pensavano non occorrere alcuna autorizzazione del consiglio affinchè il tutore potesse fare nei beni dell'amministrato qualunque opera di riparazione anche straordinaria, sebbene per le spese relative non bastassero i redditi, ma bisognasse intaccare la sostanza capitale, vi era chi insegnava non potersi dal tutore impiegare i capitali del minorenne in fare costruzioni nuove o miglioramenti; perchè “ costruire e migliorare è un atto “ da proprietario anzichè da amministratore; ed essendo “ raro che l'aumento di valore del fondo equivalga alla “ spesa che vi è fatta, l'impiego del danaro del minore in “ tal modo diviene più spesso svantaggioso. Ond'è che “ l'amministratore non avendo il diritto di sagrificare una “ parte del danaro pupillare, ma dovendo al contrario “ conservare i capitali ed impiegarli in modo sicuro e pro- “ fittevole, dal momento che l'operazione diviene incerta “ o pericolosa essa è da assomigliarsi al mutuo od alla “ vendita, e si deve per conseguenza esigere l'autorizza- “ zione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tri- “ bunale affinchè la necessità o l'utilità di quelle opere “ sia accertata „ (3).

E se altri opinavano in senso contrario che “ il tutore “ potesse impiegare i danari pupillari esistenti in sue mani. “ nel far eseguire costruzioni nuove od altre opere di “ miglioramento negl'immobili del minore „ (4), era pel motivo, che secondo la legge francese il tutore non era

(1) V. vol. VII, n. 201, pag. 469, 470.
(2) V. Demolombe, t. VII, pag. 652.
(3) V. Laurent, t. V, n. 62.
(4) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 5 (7).

tenuto a riportare l'autorizzazione del consiglio di famiglia per fare impiego dei capitali del minore. La nostra legge avendo espressamente stabilita una massima contraria, è troppo chiaro che quest'ultima opinione mancherebbe presso noi di qualunque appoggio (1).

240. 3) Gli atti che abbiano per oggetto di procurare la maggior possibile produzione de' frutti, di cui i beni componenti il patrimonio del minore siano suscettibili, fanno parte senz'alcun dubbio della semplice amministrazione ordinaria, epperò entrano nelle competenze libere del tutore.

Questa massima, che per natura sua deve estendersi a tutti i beni del minore, di qualunque natura siano — salve solo le eccezioni che siano espresse dalla legge, come vedremo essersi fatto in ordine all'impiego dei capitali del minore — riceve però applicazioni diverse, secondochè si tratti di beni immobili o di beni mobili; e ce ne occuperemo nei numeri seguenti.

Frattanto, in riguardo alla predetta massima generale, gioverà richiamare una osservazione già fatta precedentemente: che, cioè, per gli atti dei quali parliamo, diretti ad ottenere dai beni del minore i frutti di cui siano capaci, non solo il tutore ha dalla legge il potere di procedere di propria autorità, senza bisogno d'invocare prima l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma questo non avrebbe facoltà di stabilire di moto proprio norme obbligatorie di condotta al tutore, prescrivendogli gli atti che dovesse compiere, i mezzi che dovesse porre in opera per ottenere dal patrimonio amministrato una maggiore produttività. Ci è sembrato, contro l'avviso d'un illustre commentatore del nostro codice, che l'attribuzione d'una simile facoltà al consiglio non si accordasse collo spirito della legge, tendesse a confondere le funzioni ben distinte ch'essa ha

(1) V. sopra, n. 201, pag. 901 e seguenti.

assegnate al tutore ed al consiglio. L'ufficio di quest'ultimo ha per iscopo la direzione superiore della gestione tutelare, e comprende i mezzi che valgano ad infrenare il tutore nelle deviazioni ch'egli commettesse o potesse esser tentato di fare dalle norme d'un savio governo dei beni del minore; ma l'amministrazione vera e propria, nel suo esercizio effettivo, nella parte esecutiva, non appartiene che al tutore solo, com'è dichiarato nell'art. 277 codice civile. Il consiglio di famiglia ha quanto di potere può bastargli per impedire che nell'esercizio dell'amministrazione il tutore trasmodi in danno del minore; e ciò consiste, secondo l'art. 291, nel fissare in modo approssimativo il massimo delle spese annue di amministrazione, il che limita indirettamente le operazioni stesse che il tutore può effettuare nell'amministrazione che gli spetta, limitandogliene i mezzi. Ma finchè il tutore non oltrepassi questi limiti di spesa, finchè d'altra parte non gli si possa imputare nè infedeltà, nè trascuratezza, nè incapacità nella gestione sua, non può esser lecito al consiglio d'inceppare la libertà del tutore stesso nell'amministrazione che gli appartiene, nè di sostituirsi a lui nell'esercitarla, rendendolo semplice esecutore delle disposizioni che gli si impongano.

Con ciò, per altro, non intendiamo che abbiasi a ridurre il consiglio di famiglia a rimanere semplice spettatore passivo di un'amministrazione mal diretta, finchè non si arrivi al punto di dover rimuovere il tutore come infedele, o negligente, o incapace. Sarebbe far torto alla saggezza della legge il supporre che essa proponendosi di proteggere ed assicurare l'interesse del minore, coll'affidare la direzione superiore della tutela al consiglio di famiglia, attribuisse a questo l'ufficio di riparare ai danni che già si fossero verificati nell'amministrazione tutelare, ma gli negasse ogni potere moderatore per impedirli. Se il tutore darà alla sua amministrazione un indirizzo manifestamente imprudente e pericoloso, se adotterà, per esempio,

un sistema di coltura dei fondi che potrebbe renderli sterili, od almeno diminuirne notevolmente la produzione, non abbiamo difficoltà ad ammettere che il consiglio di famiglia potrà deliberare vietando quel modo di coltura, prescrivendo ciò che è necessario per conformarsi alle buone norme di amministrazione; e il tutore, sotto la propria responsabilità personale, dovrà eseguire tali deliberazioni, e in caso che non vi ottemperi, potrà anche essere rimosso. Ciò che non ci sembra ammissibile è, che il consiglio di famiglia possa limitare la libertà del tutore nell'amministrazione affidatagli dalla legge, senzachè gli atti di lui e le disposizioni date presentino elementi, non che di danni già verificati, neppur di pericoli ragionevolmente temuti di danni futuri.

241. La massima generale enunciata in principio del numero precedente riceve applicazione principalmente in ordine ai beni immobili, ed in ispecie alle terre che appartengano al minore. La locazione, che è il solo mezzo per trarre dalle case i frutti civili che possono ricavarsene mediante le pigioni, è anche il modo generalmente più conveniente per ottenere dai fondi amministrati i redditi di cui sono suscettibili, convertendo così, col prezzo di locazione, in frutti civili i frutti naturali che le terre producono. Diciamo esser questo il modo che in generale conviene meglio nell'amministrazione tutelare; perchè in primo luogo accerta i redditi annui dei beni amministrati, e secondariamente rende più facile ed efficace la vigilanza del consiglio di famiglia, che sarebbe assai malagevole ad esercitarsi sulle operazioni molteplici, quotidiane e minute d'una condotta dei fondi ad economia, e semplifica quindi incomparabilmente le verificazioni del rendimento finale dei conti. Nondimeno possono avverarsi circostanze particolari, le quali rendano invece più utile per l'interesse del minore che per conto di lui faccia valere i fondi il tutore stesso; per esempio, per attuarvi, mediante una coltura

accurata ed industriosa, a cui un tutore intelligente e premuroso sappia e voglia personalmente attendere, quelle bonificazioni che difficilmente si otterrebbero da un conduttore, o per dar tempo a cessare una crisi politica o commerciale durante cui non potrebbesi conchiudere un contratto di affitto che a condizioni meno favorevoli, o per offrir modo al tutelato, già prossimo alla maggiore età, di esercitarsi intanto nell'agricoltura a cui intenda dedicarsi, e di aver liberi i suoi fondi al momento in cui uscirà di tutela.

Ed è appunto in vista di questi speciali casi avvenibili, che si è fatta questione se il coltivare i fondi facienti parte del patrimonio amministrato, col mezzo di mezzadria o di locazioni d'opera, invece di darli ad affitto, sia da considerarsi come una facoltà spettante liberamente al tutore, od all'opposto gli sia necessaria a tal uopo l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Nel diritto consuetudinario francese eravi una dottrina adottata anche dal Pothier, che insegnava esser tenuti i tutori a dare in locazione ad altri i beni dei pupilli: pel motivo che se il tutore li coltivasse egli stesso, il conto relativo sarebbe di troppo lunga e difficile discussione. Il quesito fu riproposto sotto l'impero del codice Napoleone; e l'opinione preponderante, non ostante qualche contraddizione, fu per la libertà del tutore nel dare ad affitto i beni, o farli coltivare a cure proprie, secondochè l'una o l'altra cosa reputasse, a suo prudente criterio, più propizia all'interesse del minore (1). E questa teoria crediamo senza esitanza applicabile anche alla legislazione nostra. Non è infatti possibile revocare in dubbio, che il coltivare ad economia i beni del minore, come l'affittarli, non sia un atto di semplice amministrazione ordinaria, non essendo altro che un mezzo diverso di procacciare la produzione

(1) V. Duranton, t. III, n. 548; Demolombe, t. VII, n. 644; Laurent, t. V, n. 45, pag. 52.

de' frutti, di cui i beni del minore sono suscettibili, senza toccare alla sostanza di essi. Posto questo, e poichè d'altra parte la legge non ha fatta intorno a ciò alcuna eccezione alla regola che gli atti di amministrazione semplice facciano parte dei poteri liberi del tutore, l'imporgli l'obbligo di ricorrere all'autorizzazione del consiglio di famiglia non potrebb'essere che un mero arbitrio degl'interpreti, per quanto valore si volesse dare alle considerazioni del pericolo di frodi nelle operazioni molteplici e malagevolmente sindacabili che il tutore avrebbe a compiere per la coltura dei terreni, per la percezione e conservazione dei frutti, per la loro conversione in danaro, e delle difficoltà e lungaggini nell'appuramento dei conti. Nè certo potrebbesi trarre un argomento di analogia dalla disposizione dell'articolo 300 cod. civ., che vieta al tutore di *prendere in affitto i beni del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia;* giacchè è ben altra cosa, evidentemente, il rendersi il tutore stesso conduttore per proprio conto ed interesse dei beni del suo amministrato, e il coltivarli invece per conto e ad esclusivo vantaggio di quest'ultimo. Nel primo caso si verifica tra tutore e tutelato una opposizione d'interessi, che giustifica l'intervento del consiglio di famiglia a guarentigia appunto dell'amministrato, e che rimane al contrario affatto esclusa nel secondo caso. D'altra parte il testo della legge nostra offre anzi appoggio all'opinione favorevole alla libertà di azione del tutore; inquantochè, riconoscendogli nell'art. 296 il diritto di fare senz'autorizzazione del consiglio di famiglia *l'alienazione dei frutti*, suppone che i fondi non siano affittati, ma condotti ad economia, e null'altro dicendo, lascia pensare che il tutore abbia dunque potuto anche liberamente preferire questo modo all'altro della locazione, per ottenere dai fondi del minore i redditi di cui sono capaci, quantunque quest'ultima cosa non sia dichiarata in termini espliciti.

Tra gli autori, che abbiamo sopra citati, vi è il Laurent che stabilisce come assoluta e non derogabile in nessun

modo la massima, che *spetti al tutore il diritto di affittare, od, a sua scelta, amministrare egli stesso i beni del minore.* Il Demolombe invece ammette che “ *in caso di abuso*, il “ consiglio di famiglia, avvertito dai protutore, o da altro “ de' suoi componenti, potrà ingiungere al tutore di affit-“ tare i beni „. Il Duranton si spinge più oltre ancora, dicendo esser solo *in caso di silenzio del consiglio di famiglia*, che il tutore potrà appigliarsi a quello tra gli accennati partiti che gli sembri più conveniente; sicchè al consiglio spetterebbe in ogni caso la facoltà di deliberare che si affittassero i beni, prevenendo la possibile determinazione contraria del tutore. Se non errammo nei principii, che abbiam creduto di stabilire nel numero precedente, dovrebbero però derivarsene conseguenze che non si accorderebbero completamente con nessuna delle tre opinioni ora accennate.

Per la prima di esse, più favorevole alla piena libertà del tutore, si pone il dilemma seguente: *o il tutore ha il diritto di coltivare egli stesso i beni del minore, e in tal caso il consiglio di famiglia non ha dal canto proprio il diritto d'immischiarsi nella gestione di lui; o il tutore non ha quel diritto, ed allora non può coltivare egli stesso i beni del minore senza un'espressa autorizzazione del consiglio.*

Rispondiamo: il tutore ha veramente il diritto di far coltivare egli stesso per conto del minore i beni di lui, ma ad una condizione troppo necessariamente risultante dai principii fondamentali della tutela, per poterla lasciare dimenticata; alla condizione, cioè, che preferendo questo mezzo, onde ottenere la produzione dei frutti, all'altro della locazione dei beni, non arrechi un manifesto pregiudizio all'amministrato, non faccia cosa che il prudente padre di famiglia non farebbe, esponendosi alla probabilità considerabilmente maggiore di diminuire anzichè aumentare i redditi dell'amministrato stesso. Se questa condizione non si avveri, se il tutore si ostini a voler condurre i fondi ad economia, quantunque sia manifesto che

ciò sarà di danno al tutelato, perchè dal prezzo d'una locazione si otterrebbe un profitto, secondo ogni probabilità, superiore, sicchè ogni savio e prudente amministratore preferirebbe quest'ultimo partito, il consiglio di famiglia potrà, come appunto accennammo nell'altro numero, intervenire, per vietare al tutore ciò ch'egli vorrebbe fare con pregiudizio del minorenne, per imporgli di devenire in vece, come le regole d'una buona amministrazione consigliano, alla locazione de' beni. Ciò è per certo lontano assai dal concetto insinuato dalle parole del Duranton, che il consiglio abbia facoltà di deliberare, o non, a suo grado, che il tutore debba affittare i fondi, o piuttosto debba farli coltivare egli stesso per conto del minore. Se il tutore affitti, il consiglio non può aver nulla a ridire. La locazione è un atto regolare, ordinario, di semplice amministrazione; nè il consiglio di famiglia può avere facoltà d'imporre al tutore la coltivazione economica de' fondi, ciò che potrebbe essere non consentaneo alle attitudini di lui, e ad ogni modo ne aggraverebbe notevolmente i carichi dell'ufficio. Sarebbe solo quando il tutore si determinasse egli stesso ad esercitare direttamente la coltura dei fondi, invece di affittarli, che il consiglio di famiglia riconoscendo nelle circostanze del caso pernicioso al minore, e sconsigliato dalle norme e dai calcoli d'una buona amministrazione codesto proposito del tutore, potrebbe con una sua deliberazione opporvi una proibizione, che il tutore dovrebbe rispettare. Non è dunque una determinazione, che il consiglio di famiglia abbia la facoltà di prendere per regolare la semplice amministrazione ordinaria spettante al tutore, obbligandolo a condurre ad economia o ad affittare i fondi; ma un *veto* che può porre alle determinazioni del tutore stesso, qualora le riconosca dannose e contrarie alla buona amministrazione d'un savio padre di famiglia. Nè in ciò, com'è evidente, potrebbero mai ravvisarsi gli estremi di quella *illegittima ingerenza del consiglio di famiglia nella quotidiana amministrazione della tutela*, che il Laurent mostra

di temere. Non si tratta di dettare norme obbligatorie al tutore per singoli atti della sua gestione, ma di porre ostacolo ad un sistema di amministrazione, ch'egli vorrebbe applicare, e che tornerebbe dannoso al minore.

Ma d'altro lato l'idea nostra neppur coincide con quella del Demolombe, che limiterebbe ai *casi di abuso*, effettivamente commesso già dal tutore nella condotta economica dei beni del minore, il diritto del consiglio di famiglia di ingiungerne la locazione. Non è da attendere che i danni siano già avvenuti, per provvedere a che non continuino. Basta che il tutore, nelle determinazioni che gli spetta di prendere circa l'amministrazione ordinaria, siasi posto sopra una via manifestamente pericolosa per l'interesse del minore, perchè il consiglio di famiglia abbia, non solo la facoltà, ma il dovere d'impedirgli che la prosegua, di ordinargli quello che le norme seguite da ogni buon padre di famiglia esigono, senza aspettare che venga il caso di dover *rimuovere il tutore per infedeltà*, come appunto si avvererebbe nei *casi di abuso* previsti dal Demolombe, od anche solo di trascuratezza o d'incapacità.

Affine alla questione svolta finora è l'altra, se il tutore possa, senz'autorizzazione del consiglio, cambiare la destinazione di coltura per una parte di un fondo soggetto alla amministrazione tutelare, per esempio dissodare un prato, convertire un campo in risaia o marcita e simili, o sia che ciò faccia nell'esercizio dell'amministrazione ch'egli stesso tenga di quel fondo, o che ne formi oggetto di patto in un contratto di locazione. A tale proposito reputiamo però necessario combinare insieme le massime che già dimostrammo in riguardo ai miglioramenti, e quelle che esponemmo ora circa la coltura del fondo, che sia esercitata dal tutore stesso per conto del minore.

Si tratta di vere opere di miglioramento, che il tutore faccia a spese del minore in un fondo di lui, per esempio riducendo a fertile coltura un terreno gerbido, allivellando e imponendo a prato stabile un campo poco produttivo?

E allora divengono applicabili precisamente le teorie, che in riguardo ai miglioramenti sviluppammo in altro luogo (1). Se il tutore può sostenere le spese di tali opere senza eccedere la somma annua che per le spese di amministrazione gli fu fissata dal consiglio di famiglia, sta entro i limiti delle proprie facoltà, nè deve adempiere veruna formalità abilitante. Ma se è costretto a ricorrere ad altri mezzi, alienando beni immobili o mobili, prendendo danaro a mutuo, impiegando somme che si trovino in sue mani per capitali riscossi od anche per avanzi di rendite, che secondo le deliberazioni del consiglio di famiglia dovrebbe investire in altro modo, o contraendo debiti, non può fare nessuna di queste operazioni, che arrecherebbero disposizione, o diretta o indiretta, della sostanza capitale del minore, senza esservi specialmente autorizzato dal consiglio stesso. Che se anche, invece di sostenere direttamente codeste spese per conto dell'amministrato, il tutore, in un contratto di locazione del fondo, ne facesse carico al conduttore, stipulando corrispondentemente, com'è naturale, un minor prezzo di affitto, ci sembra che l'autorizzazione del consiglio di famiglia sarebbe nondimeno ugualmente necessaria; poichè quegli avanzi delle rendite, che secondo l'art. 291 dovrebbero essere impiegati nel modo stabilito dal consiglio stesso, venendo per tal causa scemati, o forse tolti del tutto, si riuscirebbe, sebbene indirettamente, a convertirli in uso diverso da quello che il consiglio aveva destinato, senzachè fosse cangiata la relativa deliberazione, la quale perciò sarebbe violata dal tutore. E potrebbe financo accadere, che alla più gran parte dei prezzi d'affitto ricavabili dai beni del minore sostituendo opere di miglioramento, poste a carico dei conduttori nei rispettivi contratti di locazione, le quali opere non fossero per arrecare al minore una utilità corrispondente, il tutore riuscisse a sconvolgere arbitrariamente tutto il sistema di

(1) V. sopra, n. 239, pag. 1093 e seguenti.

amministrazione concepito e sanzionato nei modi di legge dal consiglio di famiglia. Tali patti del contratto di locazione non vincolerebbero dunque, a creder nostro, il minore, se non fosse stata data l'autorizzazione consigliare.

Si tratta invece, non d'opere di miglioramento, ma, al contrario, di cangiamenti che feriscono la sostanza della cosa, deteriorandola o potendola deteriorare, come il dissodar prati, il convertire campi di coltivazione asciutta in risaie e simili? Crediamo anche qui indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia; perchè il disporre in qualunque modo della sostanza dei beni soggetti alla tutela, non entra negli atti di semplice amministrazione ordinaria, che sono di libera attribuzione del tutore. Il consiglio potrebbe pertanto vietare l'esecuzione delle opere, che il tutore si fosse proposto per tali scopi, od ordinare la cessazione di quelle che fossero state incominciate; e i patti, che in proposito fossero stati stipulati a profitto del conduttore in un contratto di locazione, non potrebbero reputarsi validi ed efficaci contro il minore.

Ciò che ora dicemmo ci spiana anche la via a risolvere una terza questione: se il tutore possa, senz'autorizzazione, aprire nei fondi del minore, miniere, cave o torbiere non ancora in esercizio al cominciare della tutela. Un illustre giureconsulto francese, rispondendo a tale quesito, e dopo avere osservato che sotto certo aspetto potrebbe quello riguardarsi come un semplice atto di amministrazione, essendo considerati come frutti anche i prodotti delle miniere e delle cave, poichè sono attribuiti all'usufruttuario, quando almeno fossero quelle già in esercizio allorchè l'usufrutto si è aperto, prosegue dicendo che “ nondimeno, trattandosi qui “ pure d'intaccare la sostanza capitale, di alienare una parte “ integrante dell'immobile stesso, *sembra difficile di poter riconoscere al tutore da solo il potere di fare un atto simile* „ (1). A noi pare giustissima la teoria surriferita, purchè venga

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 647.

subordinata alla distinzione dall'autore accennata in principio, ma alla quale non sembra poi che limiti la sua conclusione, tra le miniere, cave o torbiere già in esercizio, e quelle non ancora aperte al cominciare della tutela.

È vero che esercitando una miniera, una cava o una torbiera, e vendendone i prodotti, si aliena una parte naturalmente integrante dell'immobile stesso. Ma quella parte di sostanza devesi considerare giuridicamente come un frutto, in forza della destinazione del proprietario, che ha aperta la miniera, la cava o la torbiera. E se ciò sia avvenuto per fatto dell'autore o degli autori del minorenne, se quindi la miniera, cava o torbiera sia già aperta e in esercizio al tempo in cui comincia la tutela, il tutore continuando tale esercizio, vendendo i materiali estratti dal fondo, non fa in realtà giuridicamente che una produzione ed un'alienazione di frutti, fa quindi atti di semplice amministrazione, che sono di sua esclusiva spettanza; salvo, s'intende, al consiglio di famiglia di poter ordinare la cessazione di quell' esercizio, qualora lo riconoscesse non abbastanza rimuneratore, o, peggio ancora, dannoso agli interessi del minorenne.

Ma se all'opposto si tratti di una miniera appena scoperta, l'aprirla e il cominciarne l'esercizio è senza dubbio un atto di disposizione della sostanza stessa appartenente al minore; trattandosi appunto con quell'atto di convertire giuridicamente in frutti, per virtù della destinazione del proprietario, ciò che in natura è veramente parte integrante del fondo. È dunque un atto eccedente per indole sua la semplice amministrazione ordinaria, che riguarda la sostanza stessa capitale, e potrebbe gravemente pregiudicarla, e che pertanto non può farsi se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 629, 1.

242. Il principio che il tutore possa fare, come atti di semplice amministrazione, tutti quelli che abbiano per oggetto di procacciare la produzione de' frutti di cui siano suscettibili i beni componenti il patrimonio del minore, trova, come già notammo, assai più rare applicazioni riguardo ai beni mobili; e i motivi di ciò si comprendono facilmente. In materia di beni mobili per determinazione della legge (art. 418 cod. civ.) vi sono disposizioni speciali: l'art. 296 provvede per l'impiego dei capitali provenienti da crediti del minore che siano stati riscossi; il 298 pei titoli al portatore, che debbono essere cambiati in titoli al nome del minore, quando il consiglio di famiglia non ne abbia deliberata la conversione in un impiego diverso; l'art. 299 per gli stabilimenti commerciali o industriali, che debbono essere alienati e liquidati, impiegandone poi il ricavato nei modi da stabilirsi dal consiglio di famiglia (1). Qualora però, a norma del § 2 di detto art. 299, il consiglio avesse invece, per evidente utilità del minore, permesso che si continuasse l'esercizio di tali stabilimenti di commercio o d'industria, verrebbe caso di applicare il nostro principio; inquantochè il tutore potrebbe e dovrebbe, in virtù della propria missione, nell'esercizio appunto di quegli stabilimenti, fare tutto ciò che fosse necessario affinchè producessero i maggiori profitti possibili, ed avrebbe quindi facoltà di compiere liberamente, senz'alcun bisogno di autorizzazioni speciali, tutti quegli atti e quelle operazioni, anche di compera e vendita di merci, che fossero indispensabili per l'ordinario regolare andamento dello esercizio stesso.

Quanto ai beni mobili per loro natura, quelli che esistano nel patrimonio del minore al tempo dell'apertura della tutela, debbono di regola essere venduti (articolo 290 cod. civ.), e il loro prezzo viene impiegato nel modo che il consiglio di famiglia abbia deliberato (2). Ogni dubbio

(1-2) V. sopra, n. 208, pag. 966 e segg.

intorno alle facoltà che possano competere al tutore per render fruttifera la parte mobiliare del patrimonio del minorenne, si restringe dunque a quei beni mobili, dei quali, a norma del § 2 dell'art. 290, il consiglio di famiglia abbia autorizzata la conservazione, o che siano stati acquistati dal minore durante la tutela, per successione, legato, donazione, od altra causa, e che si reputi opportuno di conservare nel patrimonio tutelare. In generale, è chiaro che non sarà da pensare a trarre frutto alcuno da questi beni, la cui destinazione è diversa; o per servire all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio, o per giovare all'istruzione del minorenne, o per essere serbati pei bisogni di lui allorchè sarà uscito, forse in tempo prossimo, dalla minore età. Ma può anche avvenire che alcuni beni mobili, o per la loro stessa natura, o per fatto dell'anteriore proprietario, dell'autore del minorenne, siano destinati a produrre frutti naturali o civili. Ed allora sarebbe manifestamente atto di regolare ordinaria amministrazione il dar opera affinchè continuasse la produzione di quei frutti a benefizio del tutelato; il che pertanto incomberebbe come obbligo d'ufficio al tutore, nè per gli atti relativi avrebb'egli bisogno di riportare autorizzazioni dal consiglio di famiglia. Per esempio, se fa parte del patrimonio del minore un gregge, il tutore deve usare le diligenze di buon padre di famiglia per ottenere da quella parte di sostanza patrimoniale i frutti che naturalmente è atta a produrre; nè per fare gli atti occorrenti a tale scopo, per stabilire anche contratti di locazione a soccida del bestiame componente quel gregge, gli occorre di dover chiedere autorizzazione. Ovvero si tratta, supponiamo, di beni mobili, che non producono frutti naturali, ma sono entrati nel patrimonio del minore per successione ad un proprietario, il quale per uso abituale li aveva destinati a trarne frutti civili col mezzo di noleggi. Crediamo che anche in questo caso il tutore, non solo potrà, ma dovrà, finchè non intervenga una deliberazione contraria del consiglio di famiglia,

continuare nel medesimo uso; essendo ciò necessario per mantenere da buon padre di famiglia il patrimonio del minore nello stato in cui si trovava all'aprirsi della tutela, per non peggiorarlo sopprimendo una parte dei redditi che produceva (1).

Ma potrebbe invece reputarsi facoltativo al tutore, senza bisogno dell'autorizzazione del consiglio, di cambiare la destinazione di alcuni mobili, per ricavarne un provento che prima non producessero, per esempio noleggiandoli, od affittando un quartiere ammobigliato? Pare chiaro che simili atti, dai quali potrebbe derivare una deteriorazione, talvolta notevole, d'una parte della sostanza patrimoniale non possano per sè stessi considerarsi come compresi nella semplice amministrazione ordinaria, sicchè non abbia in massima a reputarsi spettante al tutore la facoltà di compierli senz'averne ottenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Perciò sarà sempre cosa prudente ch'egli chieda tale autorizzazione; quantunque, se in fatto l'avere disposto dei mobili per trarne proventi non avesse prodotta deteriorazione alcuna di essi, o se qualche danno essendovi, fosse superato dal vantaggio dei redditi ottenuti, non potrebbe il tutore incorrere in veruna responsabilità.

243. Relativamente ai contratti di locazione, i poteri dei tutori erano regolati dalle legislazioni anteriori con disposizioni varie.

Il codice francese (art. 1718) dichiarava applicabili alle locazioni dei beni dei minori, le norme stabilite per quelle dei beni della moglie, amministrati dal marito (art. 1429, 1430); ritenendo quindi che il tutore potesse bensì da solo dare in affitto i beni del minore, e stabilirne le condizioni che reputasse più opportune, senz'alcuna prescrizione di forme; ma la durata del contratto non potesse superare i nove anni, di guisa che il minore non avesse mai a rima-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 637.

nere vincolato per oltre al novennio che si trovasse in corso, computando di novennio in novennio dal cominciamento della locazione; e che poi le locazioni pattuite o rinnovate dal tutore più di tre o due anni prima dello spirare della locazione corrente, secondochè i beni affittati fossero rustici o consistessero in case, avessero effetto solamente quando se ne fosse verificato il cominciamento prima che finisse la tutela.

Disposizioni simili erano scritte nel codice pel regno delle Due Sicilie (articolo 1564 combinato cogli articoli 1400, 1401).

Il codice Parmense (art. 252) e l'Estense (art. 285) stabilivano che il tutore potesse affittare i fondi rustici solo per un breve tempo, che il primo di quei codici fissava in nove anni, il secondo in cinque, previo però l'adempimento di alcune formalità, tra cui quella dell'asta pubblica; e che gli affitti di case non eccedenti l'anno potessero farsi dal tutore senza le predette solennità.

Il codice Albertino (art. 1726) dichiarava che " le loca- " zioni dei beni dei minori non possono farsi per un tempo " eccedente i nove anni, salvo coll'autorizzazione speciale " del tribunale „.

Nel codice Italiano attuale troviamo su questo argomento la sola disposizione contenuta nell'art. 296, che riproducendo sostanzialmente la massima del codice Albertino, vieta al tutore di fare, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *locazioni eccedenti il novennio*. Di questa disposizione proibitiva, delle sue conseguenze pel caso che il tutore vi contravvenga, e delle persone che possono invocarla in giudizio, ci riserbiamo di parlare più innanzi, nello sviluppare il tema degli atti pei quali il tutore abbisogna d'essere autorizzato.

Frattanto però possiamo dedurne *a contrario* una regola riguardante l'argomento di cui ci occupiamo attualmente; questa: cioè che il tutore può fare da solo, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, tutte le locazioni per

tempo minore di nove anni. E tale deduzione è da ritenersi come incontestabile; perciocchè questa disposizione, che sotto forma di una proposizione negativa stabilisce in modo manifestamente ed assolutamente restrittivo la necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia pel caso d'una locazione d'immobili che superi la durata di nove anni, viene a statuire implicitamente la facoltà del tutore di agire, indipendentemente da tale autorizzazione, nel caso opposto che la durata del contratto non abbia ad eccedere il novennio.

Vero è che le proibizioni dell'art. 296 non debbono, secondo l'avviso nostro, riguardarsi come assolutamente tassative, per quanto concerna *gli atti di disposizione* dei beni del minore. Ma dimostrammo ancora che al contrario gli atti di semplice amministrazione ordinaria devono ritenersi generalmente tutti di libera attribuzione del tutore, nè sono ammissibili altre eccezioni fuor di quelle espressamente e restrittivamente determinate dalla legge (1); e non può esser dubbio che il contratto di locazione, per la stessa natura sua, e più specialmente quando sia a breve tempo, debba annoverarsi appunto tra gli atti di semplice amministrazione. La nostra regola, che il tutore possa fare da solo le locazioni di durata non superiore al novennio, dedotta *a contrario* dalla proibizione che la legge fa per quelle sole che eccedano tale durata, non potrebbe dunque essere con maggior sicurezza fondata.

Codesta proibizione però, recata dall'art. 296, non è manifestamente altro che un'applicazione della massima generale stabilita nell'art. 1572, che *la locazione eccedente i nove anni non sia permessa a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione;* e questa massima, a sua volta, riguarda unicamente le *locazioni dei beni immobili*, come chiaro apparisce dal titolo stesso di *regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici*, sotto cui

(1) V. sopra, n. 232, pag. 1063 e seg.

l'art. 1572 è scritto, e dal far esso seguito e complemento all'art. 1571, nel quale si tratta appunto esclusivamente delle *locazioni d'immobili*. Guardando dunque alla sola lettera della predetta disposizione contenuta nell'art. 296, siamo costretti a riconoscere che quanto alle *locazioni di beni mobili* manchiamo di un testo positivo di legge, da cui siano regolati i poteri del tutore nello stabilirle. Ma dobbiamo conchiuderne che tali poteri siano affatto illimitati, sicchè il tutore possa, senz'uopo di autorizzazione, obbligare il minore con contratti di locazione di oggetti mobili, per qualunque tempo e sotto qualunque patto e condizione? Si sarebbe tentati di affermarlo considerando il carattere di eccezione, che è proprio di questa disposizione proibitiva delle locazioni immobiliari eccedenti il novennio. Senonchè ci gioverà anche qui di richiamare la distinzione, secondo cui crediamo di avere stabilito che le disposizioni di legge richiedenti l'autorizzazione del consiglio di famiglia debbano considerarsi come assolutamente e rigorosamente tassative allorchè si tratti di atti stanti nei limiti della semplice amministrazione ordinaria, ma qualora all'opposto si tratti di atti che la eccedano, tali disposizioni siano estensibili per analogia, purchè questa sia intima ed evidente. Ora la locazione più che novennale è forse considerata come un atto di semplice amministrazione? Non certo per gl'immobili; giacchè la disposizione generale dell'art. 1572 e quella speciale e conseguente dell'art. 296 hanno appunto per fondamento il riguardarsi come eccedente l'amministrazione ordinaria il contratto di locazione, allorchè sia stabilito per più di nove anni. Lo dimostrano i termini stessi di detto art. 1572, dichiarando vietata la locazione più che novennale *a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione*. Lo confermano i motivi, consistenti, come altra volta avemmo occasione di accennare, in ciò: che sebbene la locazione a lungo tempo, considerata soltanto nella intrinseca natura sua, possa sempre dirsi un semplice atto di amministrazione, riguardando

però agli effetti ch'essa produce, specialmente in forza del disposto dell'art. 1597, è equiparabile ad un *atto di disposizione*, per la diminuzione di valor capitale che può risultarne a danno dei fondi o delle cose locate (1).

Vi è forse ragione di ritenere diversamente per le locazioni di beni mobili, sicchè queste, ancorchè eccedano il novennio, siano da reputarsi comprese sempre nei limiti della semplice amministrazione ordinaria? Al contrario, ci sembra anzi che vi siano motivi più forti per considerarle come equiparabili ad una specie di alienazione. Una lunga locazione di tali beni, oltrechè sarebbe poco consentanea alla stessa natura loro, che li fa soggetti a frequenti passaggi da mano in mano, li esporrebbe poi anche a pericoli manifesti di gravi deteriorazioni nel loro stato e nel loro valor capitale. D'altronde non possono qualificarsi propriamente come atti di amministrazione semplice, se non quelli che ogni buon padre di famiglia suol compiere nella ordinaria, quotidiana gestione dei proprii beni. E chi potrebbe attribuire questo carattere ad una lunga locazione di beni mobili, ai quali anzi, come notammo nel numero precedente, neppur si applica comunemente la stessa locazione a breve tempo? Posto ciò, diviene naturalmente applicabile la massima, a noi sembrata da adottarsi secondo la legge nostra, che per gli atti eccedenti l'amministrazione ordinaria le disposizioni dell'art. 296 siano suscettibili di qualche estensione per analogia.

Se anche pertanto si verificassero circostanze straordinarie, per le quali si rendesse necessario od utile nell'interesse del minore di dare in locazione a lungo tempo certi beni mobili di lui, per esempio macchine da destinarsi a servizio d'uno stabilimento industriale, reputeremmo indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia, affinchè la locazione potesse essere validamente stabilita per una durata superiore al novennio.

(1) V. vol. VII, n. 202, pag. 473.

Pel resto, e in quanto pure riguarda le locazioni di beni immobili, il codice italiano non stabilisce altra regola restrittiva delle facoltà del tutore, fuorchè quella concernente la durata delle locazioni stesse; le quali non possono eccedere il novennio, se non quando sia intervenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Il nostro legislatore non volle imitar quelli, che, come ricordammo, prescrivevano forme speciali da osservarsi in simili contratti, e particolarmente l'asta pubblica. La pubblicità, l'aprir l'àdito alla concorrenza, sono cose buone ed utili, alle quali attenendosi nel maggior numero dei casi, i tutori agiranno saviamente per l'amministrazione ad essi affidata e prudentemente anche per sè, al fine di diminuire la propria responsabilità. Ma il miglior conduttore non è sempre quello che offra un maggior prezzo di locazione; sibbene quello che presenti insieme garanzie sicure di solvibilità, di onestà che accerti la puntualità dei pagamenti, ed inoltre, e specialmente in riguardo agli affitti di beni rustici, di laboriosità, d'intelligenza, di esperienza nella coltura dei fondi. Il tutore è dunque lasciato libero, sotto la responsabilità propria, di procedere a contratti di locazione anche senza aver fatto precedere la pubblicazione di avvisi, senza valersi dell'asta pubblica, senza stipularne atto notarile, senza esigere nemmeno guarentie reali dal conduttore. Solo, dappoichè egli rimane personalmente responsabile verso il minore, qualora in tutto ciò abbia proceduto con minor diligenza di quella che ordinariamente sarebbe stata usata da un buon padre di famiglia, agirà prudentemente invocando le deliberazioni del consiglio di famiglia, prima di devenire ad un contratto di locazione circondandolo di minori cautele, in confronto di ciò che suolsi praticare nelle amministrazioni di beni altrui.

Non vi è neppure limitazione da apporre alla libertà del tutore, poichè nessuna ne esprime la legge, in ordine ai patti sotto cui le locazioni possano farsi; eccettochè

fossero tali da arrecare disposizione, sebbene indiretta, della sostanza capitale, o di una parte di rendite, che, secondo le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia in principio di tutela, dovessero essere convertite quali avanzi in un determinato impiego; come notammo già potere avvenire allorchè si pattuisse nel contratto di locazione che il conduttore potesse trasformare in modo notevolmente deteriorante una parte del fondo affittato, o che facesse grandi opere di miglioramento in compenso d'un minor prezzo di locazione; nei quali casi reputammo pure necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che giudichi della convenienza di tali patti nell'interesse del minore (1).

Ciò che dicemmo della libertà spettante generalmente ai tutori nello stabilire i patti di locazione, ci richiama ad una questione che fu trattata nella dottrina francese e nostrale, per determinare se il tutore possa, anche senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, pattuire col conduttore un'anticipazione delle pensioni di affitto. L'opinione generale degli autori francesi è nel senso di negare al tutore la facoltà di stipulare il pagamento anticipato dei fitti e delle pigioni dei beni del minore, se non sia a ciò autorizzato per una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale. Scorgono essi in tale atto, più che i caratteri d'una semplice condizione dell'affitto, quelli d'una vera alienazione del godimento dei beni (2). Vi è però un'opinione contraria (3), seguìta anche da uno scrittore nostro (4). Si osserva che il riscuotere, anche anticipatamente, i fitti e le pigioni, è pur sempre di sua natura un atto di ammi-

(1) V. sopra, n. 241, pag. 1103, 1104.

(2) V. Troplong, *Du louage*, t. I, n. 145; De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. I, n. 537; Demolombe, t. VII, n. 642; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 29.

(3) V. Laurent, t. V, n. 49, pag. 56, 57.

(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, § 624, pag. 996.

nistrazione semplice; che la legge non vieta al tutore di farne una condizione del contratto di locazione; che neppur vi sarebbe stata ragione di proibirglielo, perchè l'anticipazione dei fitti giova, anzichè nuocere al minore, preservandolo dalle conseguenze d'una possibile insolvibilità futura del conduttore, e facendolo approfittare degli interessi delle somme riscosse in anticipazione, che dovrebbero essere capitalizzate come avanzi di rendite. Per parte nostra, esponemmo in altra occasione i motivi, pei quali ci sembra che non possa rettamente qualificarsi come un semplice atto di amministrazione ordinaria la riscossione anticipata di rendite future (1); e sotto questo aspetto reputiamo inapplicabile qui il principio, che il tutore possa fare da solo tutti gli atti di semplice amministrazione, eccettuati quelli soli che la legge abbia espressamente sottoposti ad una disposizione contraria. È vero che in alcune circostanze il patto di simile anticipazione potrà essere utile pel minore, senza esporlo ad alcun danno, quando sia provveduto ad un impiego che renda fruttifere le somme riscosse, e così aggiungasi alla conservazione delle rendite stesse, per contingibili bisogni futuri, il profitto degl'interessi. Ma in tal caso, perchè non ricorrere all'autorità del consiglio di famiglia affinchè riconosca l'utilità di quella convenzione, e determini il modo d'impiego delle somme da riscuotersi anticipatamente, e vegli poi all'effettiva esecuzione dell'impiego stesso? È forse conforme allo spirito d'una legislazione intenta a restringere le attribuzioni libere del tutore, scemandogli le occasioni di rimanere in debito, l'ammettere ch'egli possa realizzare e riscuotere validamente tutte ad un tratto le rendite d'un novennio? Si risponde, che quelle anticipazioni realizzate dovrebbero intanto considerarsi quali avanzi di rendite, e come tali essere impiegate nel modo che il consiglio di famiglia

(1) V. vol. VII, n. 201, pag. 470.

avrà stabilito in principio di tutela. Certamente dovrebbe essere così. Ma se questo tutore, verso il quale, secondo l'intenzione del legislatore, si sarà usato minor rigore quanto alla cauzione, in considerazione appunto della minor larghezza delle facoltà attribuitegli; se questo tutore abuserà della grossa somma riscossa a conto dei futuri esercizi dell'amministrazione; se il consiglio di famiglia, inconscio di questo fatto anormale ed insolito, che tuttavia il tutore avrà compiuto validamente in seguito d'un contratto lasciato in sua libera facoltà, non avrà potuto vegliare all'impiego prescritto, e la somma verrà dispersa, e il tutore rimarrà insolvente come sarà provveduto all'interesse del minore? A queste ragioni si potrà obbiettare, ch'esse siano di diritto costituendo; ma che non essendo espressa nella legge la proibizione al tutore di pattuire nei contratti di locazione l'anticipazione dei fitti, non sia lecito aggiungervela. Posto però, come a noi parve, che un simile patto non sia da qualificarsi come cosa di amministrazione ordinaria, crediamo potersi far luogo ad una giusta applicazione del principio, secondo cui, per gli atti eccedenti appunto l'amministrazione semplice, le disposizioni dell'art. 296 potrebbero estendersi per analogia. È certo infatti, che la riscossione anticipata delle rendite diminuisce inevitabilmente il valore venale del fondo, sicchè la convenzione di tali anticipazioni equivale, negli effetti, ad un'alienazione parziale del fondo stesso. Non potrebb'essere, a veder nostro, più stretta e più manifesta l'analogia colla disposizione che vieta al tutore, non autorizzato dal consiglio di famiglia, qualunque alienazione di beni immobili o mobili. Tutto ciò abbiam detto, e devesi intendere limitato per quelle sole anticipazioni di fitti o pigioni, che il tutore stesso stipuli in nome del minore, all'infuori dagli usi e dalle esigenze della ordinaria amministrazione. Chè se invece si trattasse di anticipazioni convenute anteriormente all'aprimento della tutela, dall'autore del minorenne, o conformi

alle consuetudini locali, o dirette a procurare al minorenne, nel cui nome è fatta la locazione, una sufficiente guarentia per parte del conduttore: tutto ciò entrerebbe precisamente nei limiti dell'amministrazione semplice, e il non essere espressamente richiesta dalla legge l'autorizzazione del consiglio di famiglia varrebbe veramente a lasciarne la libera facoltà al tutore.

Come abbiamo ripetutamente avvertito, il codice Italiano non contiene altra disposizione circa le locazioni dei beni dei minori, fuor di quella concernente la durata di esse, che non può essere superiore ai nove anni, se non sia intervenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia; e ciò a differenza dei codici Francese e Napoletano, secondo i quali le affittanze dei beni del minore, sebbene per un novennio o a minor tempo, quando fossero pattuite o rinnovate dal solo tutore più di tre anni prima dello spirare della corrente locazione, se i beni fossero rustici, o più di due anni prima di detta epoca, se si trattasse di case, *non avevano veruno effetto, qualora la loro esecuzione non avesse incominciato prima che finisse la tutela.*

Il silenzio della nostra legge intorno al tempo in cui il tutore possa validamente pattuire o rinnovare da solo la locazione di durata non superiore alla novennale, lascia quindi senza elementi testuali di risoluzione diverse questioni importanti. Può il tutore in qualunque tempo, durante una locazione in corso, pattuirne una nuova, o rinnovare la preesistente? Dato che non lo possa fuorchè entro certi limiti di tempo, e non li abbia osservati, può tuttavia quella nuova locazione o rinnovazione avere piena efficacia, se la esecuzione di essa abbia a incominciare prima della fine della tutela? È lecito al tutore, non autorizzato, di pattuire o rinnovare una locazione, la cui esecuzione debba incominciare dopo che l'amministrato sarà uscito di tutela? Le risposte a tali quesiti non potendosi ricavare nè argomentare dal testo, il che può essere notato come un difetto di esso, ci richiamano in primo

luogo alle disposizioni che regolino casi simili o materie analoghe, e in mancanza anche di ciò, ai principii generali di diritto (art. 9, § 2, dispos. preliminari).

Veramente un'analogia potrebbesi cercare nella disposizione dell'art. 493 cod. civ.; che parlando delle locazioni fatte dall'usufruttuario, e dopo avergli riconosciuta la facolta di pattuirle per la durata di un quinquennio, rendendole in tal caso obbligatorie anche rispetto al proprietario pel tempo successivo alla consolidazione dell'usufrutto, e dopo aver dichiarato che le locazioni per tempo eccedente i cinque anni non sono durevoli, in caso di cessazione dell'usufrutto, se non pel quinquennio che allora si trovi in corso, computando di quinquennio in quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione; stabilisce poi nel § 2, che le locazioni per un quinquennio o per minor tempo, pattuite o rinnovate dall'usufruttuario più di un anno o di sei mesi prima della loro esecuzione secondochè si tratti di beni rustici o di case, *non hanno verun effetto quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima del cessare dell'usufrutto;* e nel § 3, che qualora l'usufrutto debba cessare *a tempo certo e determinato*, le locazioni fatte dall'usufruttuario non dureranno, *in ogni caso*, se non per l'anno, o trattandosi di fondi dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, pel biennio o triennio che si trovi in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto. E siccome è appunto certo e determinato il tempo in cui deve cessare la tutela pel giungere del tutelato alla maggiore età, così applicando congruamente regole simili, dovrebbesi ritenere, che le locazioni per un novennio o per minor tempo, convenute dal solo tutore, pei beni rustici più di un anno, e per le case più di sei mesi prima della loro esecuzione, non avessero verun effetto quando questa dovesse cominciare dopo finita la tutela; che poi le stesse locazioni convenute entro l'anno o i sei mesi anteriori alla cessazione della tutela, non fossero durevoli che per l'anno, il biennio, o il triennio in

corso al tempo della detta cessazione, secondo i casi sopra specificati. Senonchè pare a noi che vera analogia non esista tra il caso dell'usufrutto e quello della tutela. L'usufruttuario, affittando, esercita un diritto proprio, che può trovarsi in collisione col diritto del proprietario, in cui favore si consolida l'usufrutto allorchè si estingue; ed è appunto a risolvere questo conflitto, che tendono i temperamenti adottati dalla legge nel citato art. 493. All'opposto, il tutore agisce sempre *in rappresentanza del minore;* il quale perciò deve riguardare come fatta da sè stesso la locazione convenuta dal tutore, quale suo rappresentante legittimo, salvo i casi in cui il tutore medesimo abbia ecceduti i poteri conferitigli dalla legge, o sia intervenuta frode. La conciliazione di diritti e di interessi, che forma lo scopo dell'art. 493, non ha dunque alcuna attinenza colle relazioni giuridiche intercedenti fra tutore e amministrato; il che esclude manifestamente ogni possibile argomentazione per analogia. Rimane solo di chiedere ai principii generali di diritto la risoluzione dei quesiti che abbiamo proposto. Col primo di essi ci domandiamo, in sostanza, se vi sia un limite di tempo anteriore al cominciamento d'un contratto di affitto, prima del qual tempo non sia lecito al tutore, salvochè vi sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia, di pattuire la locazione o di rinnovare quella che sia in corso. Ma questo termine, che non troviamo scritto in una disposizione espressa, nè per le ragioni sovra esposte possiamo desumerlo per analogia dall'art. 493, chi lo stabilirebbe dunque? Forse il magistrato a suo prudente criterio, nel giudicare se dovesse o no attribuirsi efficacia al contratto di locazione fatto dal tutore? Con ciò si sostituirebbe l'arbitrio del giudice alle regole certe di cui abbisogna il terzo per sapere se possa o no conchiudere un contratto valido col tutore. È vero che i poteri di quest'ultimo sono limitati dalle norme di una savia, ordinaria amministrazione, e che non è da buon amministratore il vincolarsi con

contratti di locazione soverchiamente anticipati, e la natura stessa delle cose, i bisogni della coltivazione dei terreni, gli usi generalmente adottati servono abbastanza a determinare il tempo in cui un diligente padre di famiglia ha da procedere alle locazioni che gli occorra di fare. Tutto questo però riguarda agli obblighi ed alla responsabilità del tutore verso l'amministrato; e questi avrà certamente diritto ad essere risarcito dei danni che gli siano derivati dall'imprudenza del tutore, il quale essendosi affrettato troppo, più che un buon padre di famiglia non avrebbe fatto, a conchiudere un contratto di locazione, gli abbia fatto perdere occasioni più vantaggiose, che a tempo opportuno sarebbersi presentate. Ma possono essersi verificate circostanze particolari, che ad un saggio amministratore consigliassero appunto eccezionalmente nell'interesse del minore di accertare così anticipatamente la locazione dei beni di lui. E di queste circostanze può forse rendersi giudice il terzo contraente? O spetta a lui l'indagare se sussistano e siano abbastanza giustificanti? Egli sa di contrattare con chi ha qualità legittima e capacità perfetta, stipulando dal tutore una locazione non eccedente il novennio; sa che il tempo più o meno lontano in cui debba cominciare la esecuzione del contratto, non può di certo influire a trasformarne il carattere giuridico, cangiandolo da atto di semplice amministrazione, come naturalmente è, in un atto che la ecceda; e ciò gli basta. Può essere che la troppa anticipazione di quella locazione sia da riguardarsi come difforme da ciò che avrebbe dovuto fare un buon padre di famiglia, e per questa ragione esponga all'obbligo del risarcimento dei danni il tutore, il quale pertanto agirebbe con prudenza invocando prima l'approvazione del consiglio di famiglia. Ma ciò riguarda il tutore nelle relazioni sue col minore, non il terzo contraente. Pel caso speciale, in cui non si tratti propriamente di locazione nuova, ma di rinnovazione di contratto col medesimo conduttore, può opporsi veramente una

ragione diversa e più grave, che qualche autore francese indica a giustificazione dell'essere stabiliti da quella legge termini, prima dei quali non sia lecito al tutore di rinnovare contratti di locazione. Si osserva che se fosse permesso di procedere a tali rinnovazioni anche molto tempo prima della scadenza dell'anteriore contratto, sarebbe facilmente elusa la legge, celando una locazione realmente stabilita per più di un novennio sotto la parvenza di due contratti quasi immediatamente successivi, di cui l'uno si facesse apparire come una rinnovazione dell'altro; donde si vuol trarre che la prefissione di un moderato termine anteriore allo spirare della locazione in corso, entro il quale soltanto possa il tutore rinnovarla, sia una sanzione indispensabile della legge proibitiva delle locazioni eccedenti il novennio (1). Quanto alla nostra legge però, che non ha adottata una sanzione simile, la risposta alla obbiezione non ci sembra difficile. Nella ipotesi che si fa tratterebbesi veramente di frode fatta alla legge, dissimulando sotto la falsa apparenza di due contratti distinti quello che in realtà, e secondo la comune intenzione delle parti, sarebbe stato un contratto unico, ma privo di quelle forme abilitanti, la cui mancanza ne avrebbe prodotta la nullità. E in tal caso questa simulazione fraudolenta, della quale sarebbe necessariamente partecipe il terzo contraente, costituirebbe da sè sola una causa bastante per far pronunciare la nullità del contratto. Anzi, quand'anche non si trattasse di simulazione, ma d'altra specie di frode commessa, non per eludere la legge proibitiva delle locazioni eccedenti il novennio, ma in pregiudizio degl'interessi del minore per vincolarne a lungo tempo avvenire i beni in una locazione ingiustamente vantaggiosa al conduttore, sarebbe parimente annullabile per questa causa il contratto, qualora il conduttore medesimo fosse stato partecipe della frode; chè

(1) V. Laurent, t. V, n. 48, pag. 55.

certo non basterebbe a ciò il solo mal proposito del tutore, di cui egli solo rimarrebbe personalmente responsabile pel risarcimento dei danni. Ma se nessuna frode siasi verificata, se veramente e lealmente siasi proceduto a due contratti distinti, l'essersi soverchiamente sollecitata la conchiusione del secondo non può bastare a cagionarne la nullità in danno del terzo contraente, a fronte di una legge come la nostra, che non ha stabilita veruna regola circa il tempo in cui il tutore durante il corso di una locazione possa farne una nuova, o rinnovare la prima col medesimo conduttore; salva sempre la responsabilità personale, in cui egli potrebbe incorrere pel risarcimento dei danni verso il minore, qualora nel procedere a quella nuova locazione od a quella rinnovazione di contratto si fosse allontanato dalle norme che debbono essere seguite da ogni buon padre di famiglia. Tale sarebbe la conclusione nostra su questo primo quesito.

Nè dopo ciò possiamo credere necessarie molte parole intorno al secondo. La circostanza che la locazione nuova o rinnovata debba cominciare ad essere eseguita prima che finisca la tutela, non ha certamente alcuna influenza a purgare il contratto dalla frode di cui sia infetto, perchè siasi inteso o ad eluder la legge che voleva limitata ad un novennio la durata di esso, o ad arricchire il conduttore in pregiudizio del minorenne; nè quindi può salvare il contratto medesimo dalla nullità che è conseguenza di quella frode. Se poi il contratto non fosse simulato nè fraudolente; siccome, secondo l'opinione nostra, non sarebbe esso annullabile in danno del terzo contraente, ma solo al tutore potrebbe incombere la responsabilità personale pel risarcimento dei danni qualora gli fosse imputabile di non avere agito da buon padre di famiglia, così non avrebbe più alcuna ragione d'essere il dubbio, se l'aversi a cominciare prima della fine della tutela la esecuzione della locazione nuovamente pattuita o rinnovata, valesse ad attribuire efficacia a tale contratto.

Qualche incertezza più grave può presentare invece il terzo quesito. Vi furono infatti autori i quali insegnarono che *il tutore non potesse pattuire nè rinnovare locazioni*, sebbene per minor tempo di un novennio, *le quali avessero a cominciare solamente dopo che il tutelato avesse raggiunta la maggior età*. Dicevano essi, che in tali casi non si verificava più il motivo sul quale fondavasi la contraria disposizione dell'art. 1430 del codice Francese, riguardante gli affitti fatti dal marito quale amministratore dei beni della moglie, perchè mentre la durata della comunione de' beni tra i coniugi era incerta, certissimo era invece il tempo della cessazione della tutela; e che mentre si era dovuto avere riguardo a non paralizzare l'amministrazione del marito finchè la comunione durasse, il tutore all'opposto non aveva punto ad occuparsi di quella dei beni del minore pel tempo che venisse dopo la maggior età di lui (1). Però l'opinione più generale fu per non porre alle facoltà del tutore, in atti, quali erano questi, di semplice amministrazione, delle limitazioni non fatte dalla legge (2). E tale sembra anche per noi la massima da adottarsi. Lasciamo da parte gli argomenti riguardanti il testo di disposizioni del codice francese non riprodotte nel nostro. A risolvere la questione presente noi non abbiamo altro sussidio che nei principii generali di diritto. E in ordine ad essi è evidentemente erroneo quanto dicono gli opinanti in contrario, che il tutore non possa fare o rinnovare affittanze da cominciarsi dopo il giorno in cui il tutelato avrà raggiunto la maggior età, perchè da quel giorno in poi il tutore non ha più da occuparsi dell'amministrazione dei beni del minorenne. Quest'ultima proposizione è incontestabile; ma non ne deriva che finchè la tutela duri, il tutore

(1) V. Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, chap. XI, sect. II, § I, pag. 365; Duranton, t. III, n. 545; Zachariae, t. I, § 113, n. 6.

(2) V. Magnin, *Tr. des minorités, etc.*, t. I, n. 673; De Frèminville, *Traité de la min. et de la tut.*, t. I, n. 531; Valette sur Proudhon, l. c., obs. II, pag. 372; Demolombe, t. VII, n. 641; Aubry et Rau, t. I, § 114, n. 61; Laurent, t. V, n. 48, pag. 56.

non abbia a provvedere da buon padre di famiglia, non solo al presente, ma ancora all'avvenire dell'amministrazione che gli è affidata, affinchè quando questa passi al tutelato uscito di minore età, non si trovi egli pregiudicato dalla mancanza di quei provvedimenti, che secondo le norme di una buona e regolare gestione avrebbero dovuto esser presi preventivamente. E così appunto avverrebbe se il tutore consegnasse al suo amministrato case o poderi sfittati, perchè le precedenti locazioni venendo a cessare poco dopo il finire della tutela, non le avesse nè rinnovate nè sostituite con altre, pel pretesto che non ha ad occuparsi d'amministrare i beni del minore dopo la maggiore età di lui. Crediamo dunque che in questo stato di cose, facendo o rinnovando le locazioni prossime a scadere, il tutore, non solo eserciterebbe una sua facoltà legittima, ma compirebbe un dovere, la cui ommissione lo esporrebbe altrimenti a dover risarcire al suo amministrato i danni patiti.

Certamente, se il tutore molto tempo prima, senz'alcuna necessità, fuori delle consuetudini comuni, trasgredendo le norme seguite dai buoni padri di famiglia, avesse fatta una nuova locazione o rinnovata la precedente, che scadesse dopo finita la tutela, ed avesse con ciò danneggiato l'amministrato, sarebbe tenuto a risarcirgliene i danni, molto più se in questo suo operato vi fosse stata frode; e qualora di questa fosse stato partecipe il terzo contraente, sarebbe anche annullabile a fronte di lui il contratto, come dicemmo superiormente. Ma fuori di quest'ultimo caso, non parrebbe ammissibile che avesse a reputarsi di niuno effetto pel minore un contratto di locazione conchiuso con altri dal tutore in tale qualità, solo perchè l'esecuzione di quel contratto non dovesse cominciare che dopo il giorno in cui l'amministrato sarebbe giunto alla maggior età.

244. 4) Tra gli atti di semplice amministrazione ordinaria dovendo indubbiamente annoverarsi anche tutti quelli che abbiano per oggetto la percezione dei frutti di

qualunque natura, prodotti dai beni componenti il patrimonio del minore, ne segue dunque che il tutore stesso possa da solo, senza dipendere dall'autorizzazione del consiglio di famiglia, non soltanto fare tutti gli atti e i contratti, e provvedere a tutte le spese che occorrano per la percezione dei frutti naturali, e questa effettuare, e custodire i frutti medesimi per convertirli a tempo opportuno in denaro, ma eziandio realizzare ogni frutto civile riscuotendo i fitti dei fondi, le pigioni delle case, gl'interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizii, ed ogni altra rendita. Ciò risulta inoltre confermato, sebbene indirettamente, dal testo stesso dell'art. 296; che assoggettando all'autorizzazione del consiglio di famiglia l'atto di riscuotere *i capitali del minore*, lascia intendere che non è altrettanto della semplice riscossione degl'interessi; e che poi parlando delle azioni giudiziali, e richiedendo generalmente che per promuoverle il tutore debba farsi autorizzare dal consiglio, ne eccettua *quelle relative al conseguimento delle rendite.* Avendo capacità piena e libera per ricevere il pagamento di queste somme costituenti le rendite spettanti al minore, il tutore può conseguentemente e deve, non solo rilasciarne ai debitori, che pagano, atto valido di liberazione, ma consentire in loro favore alla corrispondente cancellazione delle ipoteche che siano state iscritte a guarentia delle somme effettivamente soddisfatte.

Che se invece per circostanze e motivi straordinari convenisse per l'interesse del minore medesimo di consentire alla cancellazione delle iscrizioni ipotecarie nonostantechè le somme guarentite non fossero state pagate, converrebbe ricorrere all'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma il tutore non potrebbe prestare quel consenso da solo (argomento, art. 2034, 2035 cod. civ.). Ma potrebb'egli liberamente condonare invece simile debiti, o farne novazione, o semplicemente conceder proroghe al pagamento? Non vi sarebbe ragione di dubitar seriamente quanto alla rimessione del debito vera e propria; la quale costituendo una

rinuncia gratuita ai diritti del minore, sarebbe da annoverarsi tra quegli atti, che ben lungi dal poter essere compresi nelle facoltà libere del tutore, gli sono anzi assolutamente interdetti, come vedremo più innanzi. E lo stesso sarebbe a dirsi quando pure si trattasse soltanto di liberare un fideiussore. Che se poi si trattasse d'una rimessione condizionata ed onerosa, per esempio di fitti rilasciati ad un conduttore in compenso d'indennità che gli si riconoscessero dovute, l'atto prenderebbe l'aspetto, o d'una adesione ad azioni dell'altra parte, o d'una transazione, che a norma delle disposizioni contenute nell'articolo 296 non potrebbero farsi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Crediamo invece che indipendentemente da una simile autorizzazione possa il tutore prorogare i termini ai pagamenti, o consentire a novazioni. È sotto la propria responsabilità personale, senz'alcuna ingerenza diretta del consiglio di famiglia, che il tutore deve provvedere alla realizzazione di tutte le rendite del minore. Quella responsabilità deve dunque bastare a render validi rimpetto ai terzi debitori gli atti, che il tutore compie relativamente a tali oggetti. Così era ritenuto giustamente, nonostante qualche contraddizione, nella dottrina francese quanto agli stessi crediti capitali del minore, perchè quel codice ne lasciava libera al tutore la riscossione (1); così ci sembra doversi ritenere anche presso noi quanto alle rendite, che il tutore ha facoltà di esigere senza bisogno di farvisi autorizzare.

245. Al principio secondo cui spettano al tutore facoltà libere per tutto ciò che riguardi la percezione dei frutti prodotti dai beni del minore, si riferisce anche la disposizione incidente dell'art. 296; che, dopo aver proibito generalmente al tutore stesso di alienare beni immobili o mobili, dichiara *eccettuati i frutti* dall'applicazione di questa regola. L'alienazione dei frutti naturali prodotti dai beni

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 667, 668.

del minore è infatti pel tutore il mezzo indispensabile onde convertirli in quelle somme, che debbono fino a concorrenza servire alle spese annue personali e d'amministrazione ammesse dal consiglio di famiglia, che debbono, in quanto ne avanzi da queste spese, essere impiegate nel modo determinato dal consiglio stesso; è un atto di semplice amministrazione ordinaria, che quindi per natura sua è di esclusiva attribuzione del tutore, è indipendente da qualunque ingerenza diretta del predetto consiglio.

Da alcuni autori francesi fu proposto il quesito: se il tutore potesse, senza chiederne autorizzazione al consiglio di famiglia, concedere in locazione boschi cedui o di alto fusto, o vendere i tagli in cui quei boschi fossero distribuiti. Concordavano nell'ammettere, che qualora si trattasse di boschi facienti parte integrante d'un tenimento, d'un complesso di altri beni del minore, il tutore potesse comprenderli nella locazione dei fondi da cui dipendessero, così da attribuire al conduttore anche il diritto di sfruttare e far proprii i tagli periodici nei quali i boschi medesimi fossero regolarmente distribuiti. Le difficoltà e i dissensi erano solo pel caso in cui si trattasse di boschi tenuti come fondi separati, non come incorporati ad altro tenimento. Si osservava che in tale ipotesi l'affittanza, che si facesse di questi boschi, prenderebbe in realtà il carattere, più che altro, di vendita dei tagli in cui fossero distribuiti; e sotto tale aspetto era opinione di qualche giureconsulto che il tutore non potesse effettuare una simile vendita, se non osservando le forme prescritte dall'art. 452 del codice Francese, perchè, dicevasi, era effettivamente una vendita mobiliare, e d'importanza assai maggiore di quella che potessero avere generalmente le vendite contemplate nel detto art. 452 (1). E se il concetto preaccennato fosse da adottarsi anche presso noi, si dovrebbe conchiuderne che non l'art. 290, corrispondente al 452 del cod. Francese, sarebbe

(1) V. Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Tutelle*, n. 15, t. XXVII, pag. 343.

applicabile nel caso di cui parliamo, ma il 296, che assoggetta all'autorizzazione del consiglio di famiglia qualunque alienazione di beni tanto mobili quanto immobili, a differenza dell'art. 457 del codice Francese che a quest'ultima specie di beni soltanto restringeva una simile disposizione. In verità è troppo chiaro che la disposizione dell'art. 290, riguardante unicamente i mobili formanti parte della sostanza capitale del minore al tempo dell'apertura della tutela, non può avere alcuna relazione con un prodotto del terreno, quale è il bosco destinato a regolari periodici tagliamenti, che durante il corso della tutela venga a maturare come frutto, in forza della destinazione appunto che gli è stata data dal proprietario. Ma poichè il nostro codice pone tra gli atti, pei quali il tutore abbisogna d'essere autorizzato dal consiglio di famiglia, anche le vendite mobiliari, e tale non può negarsi che sia quella di un bosco da abbattersi, sarebbe dunque lecito dubitare che tale forma di autorizzazione, ed inoltre l'omologazione del tribunale, a norma dell'art. 301, fosse necessaria al tutore per compiere validamente la detta vendita.

Senonchè in Francia un maggior numero di autori adottò la distinzione tra i boschi cedui o distribuiti in tagli regolari, e i boschi d'alto fusto non destinati a periodici tagliamenti; insegnando che nel primo caso la vendita di quei tagli di bosco non potendo considerarsi altrimenti che quale vendita di frutti, avesse dunque a ritenersi appartenente al libero potere del tutore, come atto di semplice amministrazione ordinaria; nel secondo caso invece, vendendosi realmente una parte integrante del fondo, una sostanza capitale, si rendesse indispensabile l'osservanza delle formalità prescritta dall'art. 457 del cod. Napoleone, cioè l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sotto l'osservanza inoltre delle speciali condizioni nell'articolo predetto stabilite (1).

(1) V. Chardon, *Tr. des trois puiss.*, parte III, n. 469; Duranton, t. III, n. 547; Demolombe, t. VII, n. 645, 646.

Non ci fermeremo ad esaminare se questa teoria potesse forse meritare qualche critica, in quanto considerava come una *vendita immobiliare* quella di *boschi da abbattersi*, ed applicava perciò a tale atto le norme che il codice Francese stabiliva specialmente per le *alienazioni di beni immobili.* Una tale indagine sarebbe completamente oziosa per noi, che abbiamo invece una disposizione la quale esige indistintamente l'autorizzazione del consiglio di famiglia per qualsiasi alienazione, sì mobiliare che immobiliare.

Diremo però che la distinzione da cui quella teoria partiva ci sembra incontestabilmente fondata: epperò accediamo senza esitanza alla dottrina, che l'ha adottata anche sotto l'impero del nostro codice (1). Quando si tratti di *boschi cedui*, o di *boschi d'alto fusto*, ma distribuiti in tagli regolari da effettuarsi periodicamente sopra una certa quantità di terreno, o sopra una determinata quantità d'alberi presi indistintamente in tutta la superficie del fondo, od anche di singoli alberi di alto fusto sparsi per la campagna, ma destinati per consuetudine locale ad essere periodicamente tagliati, i tagli periodici e regolari di questi boschi, di questi alberi, debbono riguardarsi giuridicamente come *frutti*, in virtù della destinazione data dal proprietario, sebbene gli alberi cresciuti in un fondo siano considerati generalmente come parte integrante della sostanza di esso. Ciò è tanto vero, che appunto nei casi sopraindicati gli articoli 485, 486, 487 del cod. civ. attribuiscono all'usufruttuario il diritto ad approfittare dei tagli di quei boschi, di quegli alberi. E se come frutti debbono considerarsi, diventa dunque applicabile per noi, senza ombra di dubbio, la disposizione espressa del nostro art. 296, che concede libera facoltà al tutore di *vendere i frutti* dei beni del minore, facendo con ciò eccezione alla regola generale ivi stabilita, che nessuna alienazione di beni immobili o mobili

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 629, 1; Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 624 (4), pag. 996.

possa farsi dal tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma se all'opposto si tratti di boschi, non cedui, ma di alto fusto, e non destinati a periodici tagliamenti regolarmente distribuiti, ovvero di alberi di alto fusto sparsi per la campagna e non soggetti per consuetudine locale a tagli periodici, quantunque accada che per naturale maturità, o per accidentale deperimento torni necessario od utile all' interesse del minore di abbattere e vendere le piante esistenti per rinnovare il bosco o sostituire gli alberi, l'alienazione avrà realmente per oggetto, non i frutti del fondo, ma una parte di ciò che giuridicamente si considera come sostanza capitale; epperò sarà la regola generale degli art. 296 e 301, richiedente l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale per ogni atto di alienazione mobiliare o immobiliare, che dovrà senz'alcun dubbio ricevere applicazione.

246. Il codice Italiano, risolvendo questioni dibattute in diritto francese, e delle quali terremo qualche parola più innanzi, trattando degli atti che il tutore non può fare, se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, dichiarò, tra l'altro, soggetta a quest'autorizzazione l'accettazione, che il tutore faccia, *di donazioni* o *legati soggetti a pesi* o *condizioni*. Da ciò risulta dunque, per indiretto veramente, ma con certezza irrecusabile, la facoltà libera del tutore di accettare *le donazioni* o *i legati non soggetti a pesi nè a condizioni*. È un argomento *a contrario sensu*, di cui in generale è giusto il diffidare, ma che nel caso nostro non presenta alcun dubbio; avendosi una statuizione evidentemente restrittiva, espressa in forma di proposizione negativa sovra una data ipotesi, sicchè è inevitabile ritenere una disposizione in senso inverso per l'ipotesi contraria. E certamente, dappoichè la legge richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia per l'accettazione delle donazioni o dei legati, *quando quelle o questi siano soggetti a pesi o condizioni*, sarebbe assurdo e contradditorio il supporre la

necessità della medesima autorizzazione anche per l'accettazione delle donazioni o dei legati puri e semplici.

D'altronde la giustificazione della disposizione predetta, e della distinzione ch'essa implicitamente stabilisce tra i due casi suindicati, è assai evidente. Quando una liberalità testamentaria o per atto tra vivi sia subordinata ad oneri o condizioni imposte al beneficato minore di età, l'accettazione di quella liberalità lo vincola all'adempimento dei pesi e delle condizioni appostivi, e può perciò rendergli gravosi anzichè proficui gli effetti della donazione o del legato. Quando al contrario la liberalità è pura e semplice, l'accettarla non può essere pecuniariamente che di mero vantaggio. E se la legge nostra non volle in questo particolare preoccuparsi degl'interessi morali, che pure possono talvolta consigliare al rifiuto d'una utilità pecuniaria, e che sotto questo aspetto avrebbero giustificato anche l'intervento del consiglio di famiglia in una determinazione tanto importante e delicata dal lato del minore, restringendosi nel campo degli interessi materiali, doveva riconoscere che se poteva esservi motivo di richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia per accettare in nome del minore donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni, nessuno poteva esservene per l'accettazione di beneficenze pure e semplici. Così la massima che abbiamo accennata è ammessa senza contrasto dai commentatori del nostro codice (1).

247. Alcuni giureconsulti francesi riconobbero al tutore la facoltà di " fare all'amichevole e senza l'osservanza " d'alcuna formalità speciale, qualunque divisione provvi- " soria, o di godimento dei beni mobili o immobili, di cui " il minore sia comproprietario, quand'anche questi beni " facessero parte, sia d'una eredità, sia dell'attivo di una

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 629, 5°; Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 628, pag. 1000.

“ comunione o di una società (1) „. Si riferivano essi con ciò a quelle divisioni provvisorie, in cui si risolvevano, secondo gli art. 466 e 840 di quel codice, le divisioni definitive a cui il tutore avesse consentito senza adempiere le formalità prescritte in quelle disposizioni; e argomentavano evidentemente dalla considerazione, che se il tutore facendo una divisione irregolare per la forma, vincolava però provvisoriamente il minore, per quanto riguardava il semplice godimento dei beni formanti oggetto di quell'atto, per fino a che non fosse fatta una nuova divisione definitiva e regolare, non gli si potesse negare la facoltà di fare altrettanto con una espressa ed apposita convenzione. Il primo dei predetti autori si spingeva anzi più oltre ancora, sostenendo che fosse lecito al tutore di convenire, obbligatoriamente pel minore, che questi dovesse rimanere in comunione per un tempo determinato non superiore ai cinque anni, a norma dell'art. 815 del codice francese; di guisa che durando per quel termine prefisso la divisione provvisoria, non potesse prima dello spirare di esso provocarsi la divisione definitiva da nessuna delle parti interessate.

Questa teoria fu però contraddetta recentemente; osservando che per attribuire al tutore la facoltà di fare simili divisioni provvisorie, di semplice godimento, sarebbe occorsa una disposizione espressa di legge, la quale mancava; che infatti gl'invocati art. 466 e 840, se per l'inosservanza delle prescritte forme rendevano meramente provvisoria una divisione che avrebbe voluto essere definitiva, non dichiaravano però in nessun modo che il tutore potesse, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, procedere ad una divisione provvisoria; che al consiglio di famiglia spettando per legge il deliberare sulla domanda di divisione, che il tutore volesse promuovere, ad esso doveva quindi appartenere eziandio il decidere se si dovesse

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 723, 724; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 5 (1), nª 75.

effettuare la divisione o rimanere in istato di comunione, e quindi ancora se durante la indivisione il godimento dovesse essere comune o diviso; che l'art. 818 di quel codice, concedente al marito la facoltà di chiedere la divisione provvisoria dei beni comuni tra la moglie e terze persone, qualora il marito medesimo avesse il diritto di godere di quei beni, anzichè essere favorevole alla facoltà che si pretendeva spettare similmente al tutore, era contrario, giacchè il tutore non aveva il diritto di godere dei beni da lui amministrati (1).

Noi non dobbiamo occuparci di questi argomenti dedotti da disposizioni particolari del codice Francese, che non trovano corrispondenza nel nostro. Nel quale infatti non abbiamo articoli, che, come l'818 del codice Francese, parlino di diritto del marito di chiedere la divisione provvisoria di beni appartenenti alla moglie in comune con altri; nè articoli, che, come il 466 e l'840 di quel codice, dichiarino valere come provvisorie, ed efficaci pel solo godimento dei beni comuni, quelle divisioni che siano state convenute dal tutore senza adempiere le formalità prescritte dalla legge. Questa trasformazione di divisioni intenzionalmente definitive in divisioni meramente provvisionali, obbligatorie però anche pel minorenne, per ciò che riguarda il godimento dei beni comuni, finchè le divisioni definitive non seguano regolarmente; questa trasformazione, diciamo, non fu ammessa dalla nostra legge. Per noi debbono osservarsi, e non altro, i principii generali di diritto; secondo i quali, se le formalità abilitanti prescritte dalla legge, affinchè il tutore possa procedere a divisioni, non siano state adempite, l'atto divisionale è nullo, d'una nullità relativa al minore, nel cui interesse è introdotta; e se questa nullità, invocata per lui, venga pronunciata giudizialmente, l'atto medesimo annullato rimane destituito retroattivamente di qualunque effetto, pel godimento non meno che

(1) V. Laurent, t. V, n. 78, pag. 88, 89.

per la proprietà dei beni comuni. Anche la questione relativa al potere competente, o non, al tutore, di fare d'autorità propria, senza deliberazione del consiglio di famiglia, una convenzione di divisioni provvisorie, riguardanti il solo godimento dei beni comuni tra il minore e terze persone, va dunque risolta presso noi colla semplice applicazione dei principii generali di diritto. Ricorrendo ai quali, non ci par possibile negare al tutore codesta facoltà. Non è a lui che spetta esclusivamente di regolare sotto la propria responsabilità ciò che concerna il semplice godimento dei beni del minore? E perchè dunque non potrà anche stabilire convenzionalmente cogli altri interessati il modo di esercitare codesto godimento, col mezzo di divisioni provvisorie, efficaci soltanto finchè duri lo stato d'indivisione e l'amministrazione tutelare? Certo; non crederemmo di potere arrivare, seguendo l'insegnamento del Demolombe, fino a ritenere che il tutore avesse facoltà libera di convenire, conformemente al disposto dell'articolo 681, § 2, del nostro codice, che il tutelato dovesse rimanere in comunione per un tempo determinato, purchè non maggiore di anni dieci. Se questa convenzione non potrebbe dirsi una alienazione dei beni formanti oggetto della comunione costituirebbe però una rinunzia, sebbene temporanea, al diritto spettante sempre ad ognuno, che partecipi ad una comunione di beni, di domandarne lo scioglimento e la divisione; e sotto questo aspetto cadrebbe pure sotto la proibizione generale dell'art. 296, di fare qualunque alienazione di beni, che non sia autorizzata dal consiglio di famiglia. Ma ciò appunto risponde alla obbiezione, che si fa argomentando dall'esser soggetta alla deliberazione del consiglio di famiglia la domanda, che il tutore voglia promuovere, per la divisione; dallo spettare quindi al consiglio stesso di stabilire, a suo prudente criterio, se il minore debba, per quanto può dipendere da lui, procedere alla divisione o rimanere in istato di comunione; per dedurre che dunque appartenga ancora allo stesso consiglio

il determinare se durante la comunione anche il godimento dei beni debba essere comune o diviso. Senza dubbio; il decidere se il tutore abbia, o no, a farsi promotore, in nome e nell'interesse del minorenne, d'una domanda divisionale, è di attribuzione del consiglio di famiglia, il quale potrebbe per tal modo opporre un ostacolo insuperabile alla determinazione, che il tutore volesse prendere, di provocare le divisioni. Nè avremmo difficoltà ad ammettere pure per converso, che il consiglio di famiglia potesse, richiedendolo a suo avviso l'interesse del minore, opporsi alla volontà del tutore di rimanere in comunione, ordinando invece che si promuovesse a nome del minore stesso la divisione. Questo ci sembra perfettamente conforme allo spirito della legge, alla missione ch'essa attribuì al consiglio di famiglia, alla direzione superiore, che volle affidargli, del governo tutelare. Che se, nonostante la deliberazione del consiglio, il tutore si ostinasse a voler mantenere lo stato di comunione, nè iniziasse il procedimento divisionale ordinato dal consiglio di famiglia, questo potrebbe rimuoverlo come infedele o negligente. Da tutto ciò per altro non deriva ancora, a nostro avviso, logicamente la conseguenza che se ne vuole dedurre; non potere, cioè, farsi luogo durante la comunione ad una divisione provvisoria di godimento, che non sia espressamente autorizzata dal consiglio di famiglia. Chè anzi, appunto perchè il consiglio può sempre, quando reputi conveniente all'interesse del minore, far cessare la divisione provvisoria ordinando che segua la definitiva, pare a noi che da un lato si trovino le attribuzioni del consiglio perfettamente rispettate, e gl'interessi del minore completamente protetti; che dall'altro sia pure pienamente conforme alla missione propria del tutore il ritenere, che fino a quando egli non trovi ostacolo in una deliberazione del consiglio di famiglia, che abbia ordinata la divisione definitiva dei beni comuni tra il minore e terze persone, possa il tutore stesso, sotto la propria responsabilità, regolare come reputi più opportuno

ciò che concerne il semplice godimento di quei beni, facendo anche intanto a tal uopo una divisione provvisoria, se creda che ciò giovi a realizzare più proficuamente pel tutelato il godimento stesso, a procurargli una maggior parte di frutti.

Un nostro scrittore, opinando per la inammissibilità, nel diritto nostro, di quella dottrina francese, che avrebbe attribuita al tutore la facoltà libera di convenire divisioni provvisorie, relative al semplice godimento dei beni tenuti in comunione dal minore con altri, dice che *la nostra legge non ammette questa specie di divisioni* (1). Crediamo però che quest'affermazione non sia sostenibile, di fronte alla espressa disposizione dell'art. 985, che suppone avvenuta appunto tra coeredi una divisione *pel godimento separato dei beni ereditari;* dichiarando per altro che ciò non farà ostacolo a potersi sempre domandare la divisione definitiva, salvochè si provi che questa sia stata fatta, o che vi abbia un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione. Ben lungi dunque dallo escludere la possibilità d'una divisione provvisoria e di semplice godimento, la legge ne riconosce esplicitamente gli effetti per quanto riguardi il semplice godimento stesso. Solo vieta che questi effetti si estendano anche alla proprietà dei beni comuni, impedendone la ulteriore divisione definitiva. Ciò solo è vero, che la legge non si occupò di decidere con disposizione espressa se il tutore possa da solo determinare d'accordo cogli altri interessati su questo *godimento separato dei beni comuni,* e tacendone si riferì ai principii generali; del che abbiamo veduto quali debbano essere le conseguenze.

248. Tra gli atti di amministrazione ordinaria è indubitabile doversi annoverare anche il pagamento dei debiti, che anzi è per natura sua necessario. Ond'è che non essendo intorno a ciò espressa nel testo della legge veruna

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 628 (o) pag. 1002.

limitazione ai poteri del tutore, egli ha, non solo la facoltà, ma l'obbligo, per quanto lo comportino i mezzi di cui l'amministrazione da lui tenuta lo metta in grado di disporre, di eseguire tali pagamenti, non solamente quanto agli interessi, ma eziandio quanto alle somme capitali.

Avvertimmo per altro come questo principio debba intendersi limitato nella sua applicazione dalle norme che regolano i poteri del tutore rispetto alla disposizione delle somme che trovinsi in sue mani, sia che provengano da sopravanzi di rendite, o da riscossione di capitali attivi del minore, o da valori in numerario, in carte al portatore, in oggetti preziosi trovati nel patrimonio di lui, o da liquidazione di stabilimenti di commercio o d'industria, o dal prezzo di beni alienati, o da qualunque altra causa. Ciò dicemmo in relazione alle disposizioni speciali recate nel nostro codice dagli art. 287, 291, 296, 299; troppo chiaro sembrandoci che qualora il consiglio di famiglia, facendo uso dei poteri spettantigli, a norma di legge, avesse stabilito doversi impiegare in un determinato modo gli avanzi delle rendite, i valori rappresentati dal numerario, dalle carte al portatore, dagli oggetti preziosi trovati nel patrimonio del minore, o i capitali riscossi, o il ricavato dall'alienazione e liquidazione di stabilimenti industriali o commerciali, o il prezzo da ritrarsi dalla vendita, che il consiglio medesimo avesse autorizzata, di certi beni immobili o mobili, o quello ancora risultante dalla vendita dei mobili eseguita in virtù del disposto dall'art. 290, non potrebb'esser lecito al tutore di convertire in diverso uso quelle somme, quantunque impiegandole nel pagamento dei debiti, senz'aver prima chiesta ed ottenuta dal consiglio una nuova deliberazione, che revocasse la precedente. Tale dev'essere il principio; non essendo ammissibile che il potere del tutore si sovrapponga a quello del consiglio di famiglia, in ciò che questo abbia deliberato secondo le attribuzioni sue. E poichè, in mancanza di una nuova deliberazione del consiglio, che revocasse la precedente, il

tutore si troverebbe incapace a disporre, nella qualità sua di rappresentante il proprietario, delle somme che impiegasse nel pagamento, convertendole così in uso diverso da quello che la deliberazione prima del consiglio avesse stabilito, parrebbe quindi che a norma dell'art. 1240, § 1, cod. civ. avesse a reputarsi non valido il pagamento stesso, ed a farsi luogo conseguentemente a ripetizione contro il creditore che lo avesse ricevuto, salvo l'eccezione ammessa dal § 2, del medesimo articolo, in favore del creditore che avesse consumata la somma ricevuta in buona fede. Un interesse legittimo ad esercitare codesta ripetizione, non ostante l'azione che rimarrebbe al creditore per costringere il minorenne ad un nuovo pagamento, potrebbesi di fatto verificare, qualora il credito non fosse ancora scaduto, o fosse litigioso; perchè nel primo caso il minore avrebbe ad approfittare del benefizio del termine; nel secondo rimarrebbe al creditore stesso, che agisse in giudizio, l'onere di provare il fondamento delle accampate sue ragioni di credito, e in difetto di prova piena il minore avrebbe diritto d'essere assolto. Il tutore poi, che avesse arbitrariamente impiegate nel pagamento di debiti del minore somme, che per deliberazione del consiglio di famiglia fossero destinate ad un diverso investimento, rimarrebbe responsabile d'ogni danno che al minore avesse potuto derivarne; in ispecie quando avesse pagato un debito del quale non fosse ancora scaduto il termine, e producente interessi minori di quelli che si sarebbero ottenuti col modo d'impiego determinato dal consiglio di famiglia. Potrebbe pure, secondo i casi, farsi luogo per tale causa alla rimozione del tutore, per infedeltà nell'amministrazione.

Così il diritto e l'obbligo del tutore di soddisfare i debiti del minore valendosi delle somme di ragione di quest'ultimo esistenti in sue mani, sia che provengano da avanzi di rendite o da valori capitali, si verificherebbe nel sistema della legge nostra solamente quando il consiglio di famiglia avesse deliberata la destinazione di quelle

somme a tale uso, od almeno non avesse prescritto un diverso modo d'impiego.

In questi casi spetta al tutore di verificare la giustificazione e la legittimità del credito, che altri reclami contro il minore. Siccome però il tutore potrebbe avere impegnata la propria responsabilità verso quest'ultimo, sia pagando ciò che non fosse dovuto, sia rifiutando di pagare il dovuto, e lasciando quindi decorrere a carico del minore gl'interessi di passività, che sarebbersi potute estinguere coi fondi disponibili, qualora nell'eseguire il pagamento o nel negarlo non avesse proceduto con quelle diligenti cautele che avrebbero dovuto esser proprie d'un buon padre di famiglia; così sarebbe anche prudente nei casi dubbi di riferirne al consiglio di famiglia, provocandone in proposito le deliberazioni (1).

Fu proposto il quesito: se sia lecito al tutore, senza chiederne autorizzazione al consiglio di famiglia, di pagare debiti del minore non ancora esigibili, rinunziando così al benefizio del termine. E il dubbio non fu risolto dagli autori con risposte perfettamente uniformi. Vi è chi nega in massima un tal potere al tutore; solo riconoscendo che egli potrebb'essere sollevato da responsabilità, qualora col rimborso anticipato d'un debito a termine, od anche col riscatto d'una rendita fondiaria o semplice, avesse fatto cessare la decorrenza d'interessi superiori al corso vigente al tempo in cui fosse effettuata una tale operazione (2). Vi è chi invece riconosce di regola al tutore la facoltà libera di pagare colle somme disponibili in sue mani debiti del minore, tanto esigibili, quanto *non esigibili*, soggiungendo però che “ qualora questi ultimi non fossero produttivi di “ interesse, o quello stipulato fosse inferiore alla ragione “ corrente, il tutore non dovrebbe soddisfarli, se non sotto “ deduzione dello sconto „ (3). Vi è in fine chi distingue

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 654.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 655.
(3) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 58.

tra i debiti che portino, o no, interessi; dicendo che in quest'ultimo caso il tutore assolutamente non potrebbe rinunziare al benefizio del termine, perchè arrecando al creditore il profitto degl'interessi, che potrebbe ritrarre dalla somma pagata anticipatamente, gli farebbe sotto forma di pagamento una vera liberalità; ma che nel caso di un debito producente interessi, vi sarebbe sempre vantaggio ad estinguerlo quanto prima fosse possibile; epperò il tutore operando in questo da buon padre di famiglia, farebbe ciò ch'egli deve (1).

Colle prime due opinioni la quistione è presentata, a veder nostro, sotto un aspetto parziale e incompleto. L'una col dire, che *il tutore non deve pagare se non i debiti scaduti ed esigibili, nè appartiene a lui di rinunziare al benefizio del termine, sopratutto se il debito non produca interessi*, ma che tuttavia *egli otterrebbe certamente l'assoluzione da ogni responsabilità, se coll'anticipato rimborso d'un capitale avesse arrestata la decorrenza d'interessi superiori al corso vigente al tempo in cui avesse compiuta tale operazione;* l'altro collo stabilire, che *il tutore è autorizzato a pagare i debiti, ancorchè non esigibili*, ma però, *se questi non producano interessi, o ne producano d'inferiori alla ragione corrente, non deve soddisfarli se non sotto deduzione dello sconto;* amendue rivolgono in fine la questione piuttosto intorno ai doveri ed alla responsabilità del tutore verso l'amministrato, che intorno alla validità, o non, del pagamento nei rapporti del creditore che fu soddisfatto. Il tutore ha egli, o non ha, capacità giuridica per eseguire, senz'esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, il pagamento di debiti non ancora scaduti? E conseguentemente, un tale pagamento sarebbe esso valido o nullo, lascierebbe o no luogo ad esercitare in nome del minore la ripetizione? Ecco, per quanto pare a noi, il primo e principale dubbio da risolversi. E su questa base è trattata realmente la questione dall'ultimo

(1) V. Laurent, t. V, n. 50.

degli autori che abbiamo sopra citati. Senonchè la distinzione da lui proposta non ci sembra sufficiente a risolverla. " Se il debito non porta interessi, egli dice, il tutore non " può pagarlo prima del termine, perchè con ciò userebbe " una liberalità al creditore, sotto forma di pagamento; e " il tutore non può donare „. Ma è possibile paragonare ad un atto di liberalità il pagamento d'un debito, sia pure non ancora scaduto? Certo, il creditore, soddisfatto innanzi tempo, potrà lucrare quegl'interessi, che il suo credito non produceva. Sarà un vantaggio indiretto, che l'atto del tutore gli procurerà. Ma è forse vietato al tutore di compiere atti, i quali per la natura loro entrino nei poteri di lui come amministratore, ogni volta che da tali atti possa derivare qualche utilità non costituente diritto per la persona verso cui sono fatti? O questi vantaggi indiretti sono equiparabili alle donazioni, sicchè l'atto da cui provengono abbia a riguardarsi come ineffettuabile nell'amministrazione tutelare? Se il tutore affitta a breve tempo i beni del minore per un prezzo inferiore al giusto, procura pure un vantaggio, anzi diretto, al conduttore; ma non per questo si potrà considerare il contratto di locazione come una liberalità, non per questo si farà luogo a ritenerlo nullo per la incapacità del tutore a donare; bensì il tutore potrà essere chiamato responsabile verso il minore per danni derivanti dal suo mal operato.

" Se il debito porta interessi, prosegue lo stesso illustre " autore, vi è sempre vantaggio ad estinguerlo; è il mi- " gliore impiego che il tutore possa fare del danaro che " sia disponibile presso di lui; egli fa ciò che ha diritto di " fare, agisce da buon padre di famiglia „.

Però neppure questa proposizione può ammettersi così assolutamente. Un debito può portare interessi, ma così tenui che non vi sia vantaggio ad anticiparne la estinzione. L'interesse convenuto è, per esempio, del due per cento, e il deposito del danaro in una cassa di risparmio, pel tempo che rimane alla scadenza del termine entro cui è

dovuto il rimborso di quel capitale, può procurare un interesse del doppio. Restringiamo dunque la questione a quelli che ci sembrano i veri suoi termini; a stabilire, cioè, se il tutore abbia a reputarsi giuridicamente capace, in virtù dell'ufficio suo, del mandato conferitogli dalla legge, ad eseguire pagamenti anticipati, a rinunziare con ciò pel minore al benefizio del termine. Un pensiero può sorgere a giustificazione della teoria, che attribuirebbe in principio una tale facoltà al tutore. L'indole giuridica dell'atto di soddisfare ad un debito è per sè stessa di semplice amministrazione; e questa sua natura non cangia pel tempo in cui tale atto venga compiuto, ancorchè sia anteriore alla scadenza del termine stipulato a benefizio del minore. Vi è però qualche altro riflesso da contrapporre. Il pagamento fatto innanzi al tempo in cui sarebbe dovuto, non ha quel carattere di necessità, che appunto lo fa annoverare tra gli atti di semplice amministrazione quando sia eseguito alla scadenza; e in realtà è più che soddisfare alla obbligazione il prestarvisi anticipatamente, come è pagar meno il pagare più tardi. Se dunque si avesse a sciogliere il dubbio in via puramente di principii assoluti, la dottrina che afferma *dovere il tutore pagare soltanto i debiti scaduti ed esigibili, nè appartenergli la facoltà di rinunziare al benefizio del termine*, parrebbe preferibile a quella che professa *essere autorizzato il tutore a pagare, non solo i debiti esigibili del minore ma anche i non esigibili.* Senonchè le regole di diritto debbono apprezzarsi nella loro applicazione. E chi vorrebbe ammettere, per esempio, che un pagamento fatto da un tutore fosse impugnabile come nullo per incapacità di lui, solo perchè fosse stato eseguito qualche giorno prima della scadenza del termine? D'altronde i limiti dell'azione del tutore, nell'amministrazione che gli spetta, sono segnati dalla condotta che in eguali condizioni terrebbe il buon padre di famiglia, l'amministratore d'ordinaria prudenza e diligenza; possono ben darsi circostanze in cui qualunque savio amministratore non avrebbe esitato ad eseguire

quel pagamento anticipato, che per ipotesi sia stato fatto dal tutore. Si è riscossa, o si è accumulata la somma necessaria per estinguere il debito; mancano pochi giorni alla scadenza del termine; non si potrebbe quindi pensare a farne nel frattempo un altro investimento od un deposito fruttifero; ed è meglio liberarsi tosto col pagamento, che custodire la somma a proprio rischio e pericolo. Ovvero, com'è previsto dagli autori sopra citati, il debito producendo gravosi interessi, l'estinguerlo anticipatamente equivale a procurarsi un vantaggio superiore a quello che potrebbe ottenersi col mezzo d'un diverso impiego. In queste ed altre simili contingenze il tutore avrà agito nei limiti delle attribuzioni sue; perchè pagare il debito era una necessità; anticiparlo, nelle circostanze del caso, era ciò che ogni buon padre di famiglia avrebbe parimente fatto. Non solo dunque non potrà il tutore essere soggetto personalmente a veruna responsabilità per risarcimento di danni, che non si saranno verificati, ma l'atto da lui compiuto sarà perfettamente inattaccabile.

Possono applicarsi gli stessi principii anche al riscatto d'una rendita costituita, secondo l'opinione professata da uno dei ricordati autori? (1). Non ci sembra. Il redimere una rendita perpetua non può paragonarsi all'anticipato pagamento di un debito, giacchè il rimborso del capitale, su cui la rendita è costituita, non ha luogo che per volontà del debitore di essa; epperò non si verifica mai quella necessità di pagare che vi è nel debito di somma capitale. Potrà essere utilissimo l'operare il riscatto; ma di tale utilità dev'esser giudice il consiglio di famiglia, trattandosi di fare in questa operazione una specie di *impiego di capitale*.

I debiti del minore possono essere verso il tutore stesso, o sia che procedano da cause anteriori all'aprimento della tutela, o da cause verificatesi durante l'esercizio di essa, e in quest'ultimo caso o da cause relative alla stessa ammi-

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 655.

nistrazione tutelare o da cause ad essa estranee. Queste diverse condizioni di cose dànno luogo a questioni, intorno alle quali sì in dottrina che in giurisprudenza si manifestarono dissensi di opinioni. Nell'esame di queste difficoltà, reputiamo che giovi tener distinti i crediti che il tutore abbia verso il minore per cause estranee all'amministrazione tutelare, da quelli ch'egli abbia acquistati in dipendenza appunto di tale amministrazione. La prima ipotesi, dalla quale comincieremo le nostre indagini, e che offre occasione a più gravi dubbi, può verificarsi non solo per crediti che il tutore avesse verso l'autore del minorenne, ma eziandio per altri, che durante la gestione sua, ma per cause da essa indipendenti, il tutore abbia acquistati verso l'amministrato; per esempio per successione legittima o testamentaria a chi era creditore del minorenne, o per cessione ottenuta da tale creditore. In simili casi, vi è un principio fondamentale da tutti ammesso; e questo è, che il tutore non deve trovarsi, per lo speciale ufficio di cui è aggravato verso il proprio debitore, in condizione diversa da quella in cui ogni altro creditore ordinariamente sarebbe; epperò, se il suo credito sia già esigibile, o lo divenga durante l'amministrazione tutelare, ha diritto al pari degli altri di ottenerne sul patrimonio stesso affidato alle sue cure il soddisfacimento.

Ma qui si presenta subito una questione delle più controverse. Tra un debito, che il minore abbia verso il suo tutore, e un credito che gli spetti per avanzi di rendite, o per capitali riscossi, o per incasso del prezzo dei beni venduti, o per danaro trovato in una successione, o per altra causa qualsiasi, si farà luogo a compensazione legale, secondo le norme comuni?

Vi è un'opinione favorevole in massima ad affermarlo; e nondimeno, tra gli autori che l'adottano, ve n'è qualcuno che oppone una limitazione, professando che " il credito " del tutore si estingue bensì per compensazione, dal mo- " mento in cui egli ha in mano una somma disponibile

“ sufficiente per pagarsi di quanto gli è dovuto; *ma la* “ *estinzione legale non può operarsi, se non all'istante in cui* “ *egli abbia tutta questa somma, giacchè non è obbligato a ri-* “ *cevere rimborsi parziali* „ (1); mentre altri sostengono in contrario, che facendosi luogo alla compensazione tra il credito del tutore e il debito di lui verso il minore per le somme che tiene di ragione di quest'ultimo, quella compensazione debba operarsi per la sola virtù della legge secondo le norme comuni; epperò il tutore, al pari di ogni altro creditore, debba soffrire anche un pagamento parziale, com'è d'indole di questo istituto della compensazione, che, giusta l'art. 1290 del codice francese, a cui corrisponde il 1286 del codice nostro, si effettua al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti tra le stesse persone, i quali si estinguono reciprocamente *fino alla concorrenza del debito minore* (2).

È facile comprendere il movente della prima di queste opinioni, trovandosi troppo offesa la equità dal vedere assoggettato il tutore, per sola ragione dell'ufficio già abbastanza gravoso che gli è imposto, ad una condizione peggiore di quella che gli sarebbe portata dalla sua posizione personale di creditore, e costretto a ricevere sminuzzato in tanti pagamenti parziali il capitale che gli sia dovuto dal minore. Ma d'altra parte non si può disconvenire che la seconda opinione sarebbe la sola ammissibile secondo i principii di diritto, quando nel caso in disputa si trattasse di vera e propria compensazione. Senonchè è questo appunto che viene negato da un'altra dottrina; i cui fautori però non si accordano esattamente nell'assegnare le ragioni su cui la fondano.

Non si tratta di compensazione, essi dicono, ma di pagamento, che il tutore può e deve fare a sè stesso del proprio credito, valendosi a tale uopo del danaro che ha

(1) V. Toullier, t. III, n. 1219; Delvincourt, t. I, n. 4, pag. 123.

(2) V. Duvergier sur Toullier, loc. cit.; Duranton, t. III, n. 566, n. (1); Chardon, *Tr. des trois puiss.*, parte III, n. 491.

disponibile di ragione del minorenne debitore, come con quel denaro pagherebbe un qualunque altro creditore.

Ma gli uni escludono la compensazione osservando, che il tutore è bensì debitore verso l'amministrato di quanto ha ricevuto per conto di lui, ma solo *per renderglielo al tempo del rendiconto finale della tutela*, e che quindi il debito del tutore verso il minore *non essendo ancora esigibile*, non può farsi luogo alla compensazione secondo l'art. 1291 cod. franc. pari al 1287 del codice nostro (1); gli altri dicendo invece, che il tutore è debitore delle somme da lui ricevute per conto del minore, e provenienti da rendite o da rimborso di capitali, nel solo senso che *deve renderne conto*, e da ciò segue che un tale debito *non è compensabile perchè illiquido*, giusta la stessa disposizione già citata (2). Quest'ultima opinione vedesi pure abbracciata da un illustre commentatore del codice italiano; avendo egli scritto che il tutore, creditore del pupillo per causa proveniente dall'autore di questo, non può d'altra parte considerarsi come debitore del pupillo stesso per ciò che dipende dall'amministrazione durante il corso di essa, *perchè solo dal conto finale può risultare il debito e il credito di lui* (3). Altri veramente ha insegnato che il tutore possa bensì pagarsi degli interessi dei proprii crediti, ma non del capitale, dovendosi, secondo l'opinione dell'autore, considerare anche il pagamento dei debiti come un *impiego di capitali*, soggetto perciò, secondo l'articolo 296 cod. civ., all'autorizzazione del consiglio di famiglia; disposizione questa che nel codice italiano costituisce una innovazione al francese, il quale lasciava libero il tutore nell'impiego dei capitali del minore (4). Ma non ci sembra ammissibile questa pretesa assimilazione del pagamento dei debiti coll'impiego dei capitali, di cui parla l'art. 296,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 657.
(2) Laurent, t. V, n. 56, pag. 65.
(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 296-297, vol. I, § 621, pag. 992, n. (2).
(4) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 623, 2°, n. (2).

che per tale atto richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Non vi si presta la lettera stessa della legge. Certo, se il tutore estingue debiti col mezzo di capitali del minore, che abbia riscossi, li impiega in tale uso; ma non è in questo senso volgare e generico, che il legislatore abbia adoperata la parola *impiego*, sibbene nel significato legale d'un investimento destinato a mantenere fruttiferi i capitali realizzati, come chiaramente apparisce dallo stesso ravvicinamento, che ha fatto di quelle espressioni " *riscuotere i capitali del minore e farne impiego* ". E questo concetto è poi tanto più raffermato dai motivi della legge; poichè un rinvestimento mal fatto può danneggiare, non solo quanto agl'interessi, ma compromettendo il capitale stesso, onde vi era motivo di cautelare tali atti sottoponendoli all'approvazione del consiglio di famiglia, non meno di qualunque altro recante disposizione della sostanza patrimoniale, come un'alienazione di beni, una cessione di crediti e simili; mentre il valersi del danaro disponibile per soddisfare i debiti esigibili è cosa non solo utile sempre, ma necessaria, della quale si poteva senza inconvenienti lasciare facoltà al tutore. Nè può opporsi che questa facoltà non gli sia espressamente conceduta dalla legge; perchè trattandosi di atto, che per natura sua sta nei limiti della semplice amministrazione ordinaria, bastava che la facoltà di compierlo non fosse eccezionalmente negata al tutore, a cui i poteri di semplice amministrazione sono generalmente attribuiti dall'art. 277. Certamente, già lo abbiamo avvertito in principio di questo numero, se i danari di cui si varrebbe il tutore per estinguere debiti del minore, o provengano da avanzi di rendite, o da riscossioni di capitali, o da qualunque altra fonte, siano stati destinati per deliberazione del consiglio di famiglia ad un determinato modo d'impiego, non sarà lecito al tutore convertirli nel diverso uso del soddisfacimento dei debiti, senza aver prima invocata ed ottenuta dal consiglio di famiglia una nuova delibera-

zione, che revochi la precedente. Ma se, come dobbiamo supporre, si tratti di somme delle quali il consiglio di famiglia non abbia ordinato un differente modo d'impiego, l'adoperarle per pagare i debiti non può riguardarsi come atto pel quale il tutore non abbia capacità se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia. Non si dica dunque che un credito del tutore verso il minore *non s'intenda estinto mediante le somme che si trovino disponibili in mani del tutore stesso, perchè egli non possa pagare i debiti del minore, se non quando ne abbia riportato autorizzazione dal consiglio di famiglia, e gli sia lecito soltanto di pagare gli interessi.* La questione non può esser posta, neppure sotto il codice nostro, in termini diversi da quelli in cui fu discussa dalla dottrina francese, e presso noi dal Borsari. Per decidere, se essendo il tutore creditore del suo amministrato, e contemporaneamente detentore di somme disponibili spettanti a quest'ultimo, sia poi per avanzi di rendite, o per capitali riscossi, o per altra causa, si faccia luogo ad estinguersi di pien diritto col mezzo di queste somme il credito del tutore, bisogna esaminare, e non altro, se concorrano veramente gli estremi della compensazione legale.

Abbiamo già riferito come tra coloro che negano ciò, due illustri giureconsulti, pure ammettendo che il *tutore sia debitore verso il minorenne delle somme che abbia ricevute per conto di lui*, osservino tuttavia che il tutore non deve restituire quelle somme se non in fine della tutela, nella misura che risulterà dal rendiconto; donde deriverebbe, secondo l'uno di quegli autori, la *inesigibilità*, secondo l'altro la *illiquidità* del debito del tutore; e sotto l'uno o sotto l'altro aspetto un tale debito non sarebbe quindi suscettibile di compensazione. Qualche ulteriore riflessione non sarà però, se non c'illudiamo, del tutto inutile per maggior chiarezza ed esattezza d'idee in un argomento che lascia tuttora tanta incertezza nella dottrina.

L'obbligazione, che dovrà essere adempita dal tutore in fin di tutela, al tempo del rendimento del conto, che sino a quel momento potrà reputarsi *non ancora esigibile*, che fino all'approvazione del rendiconto finale potrà dirsi *illiquido*, sarà quella di consegnare al minore stesso giunto alla maggiore età od emancipato, od a chi legittimamente lo rappresenti, le somme che il tutore medesimo abbia ommesso d'impiegare nell'interesse e in nome del suo amministrato, come avrebbe dovuto; ovvero di rimborsarle qualora le avesse rivolte ad altro uso; e nell'uno e nell'altro caso, di risarcire i danni derivati dalla mancanza dell'impiego che avrebbe dovuto fare di quelle somme. Ma non è certamente ad una tale obbligazione, verificabile soltanto in fine di tutela, che sia possibile riferirsi allorchè si disputa se un credito del tutore verso l'amministrato sia estinguibile per compensazione mediante le somme che il tutore stesso nell'esercizio dell'officio suo riscuota per conto del minore ed abbia disponibili. Nondimeno anche durante la tutela incombe indubbiamente al tutore una obbligazione, del cui inadempimento sarebbe anzi semplicemente una conseguenza l'altra, che sopra notammo potersi verificare a carico di lui in fine di tutela; e cioè d'impiegare a profitto del minore le somme costituenti gli avanzi delle rendite, o rappresentanti una parte della sostanza capitale realizzata, nel modo che per tale impiego fosse stato determinato dal consiglio, od altrimenti in modo sicuro ed utile pel minore, e da buon padre di famiglia. Se non che, questa obbligazione, la quale ha per oggetto *un fatto* che il tutore è tenuto a prestare nell'esercizio dell'ufficio suo, non costituisce certamente a carico di lui un *debito di somma di danaro*. Egli non è propriamente debitore personale di quelle somme, che ha riscosse in rappresentanza dell'amministrato, e che detiene in nome di lui; solo è tenuto d'una *obbligazione di fare*, di prestare, cioè, l'opera sua da buon padre di famiglia per curare il

debito impiego di quel danaro, che il minore già possiede legalmente col mezzo del suo rappresentante. D'una tale obbligazione non è concepibile la *inesigibilità* durante la tutela; come non è possibile parlare rispetto ad essa di *illiquidità*. Tuttavia non è certamente tale obbligazione che sia suscettibile di compensazione; poichè questa non può aver luogo *se non* tra *due debiti, i quali abbiano ugualmente per oggetto una somma di danaro, o una quantità di cose fungibili* (art. 1287 cod. civ.), e il tutore non deve pagare al suo amministrato, nel tempo in cui ne esercita la tutela, le somme che abbia riscosse per conto di lui, ma custodirle ed impiegarle poi in nome e nell'interesse dell'amministrato stesso. Così dunque si arriva, sebbene per diversa via, alla medesima conclusione degli autori sopra citati. Se il tutore fosse ad un tempo creditore e debitore del suo amministrato, per cause ugualmente indipendenti dalla tutela, per esempio, perchè avendo credito o debito verso l'autore del minorenne, fosse succeduto per testamento o per legge a chi era debitore o creditore del medesimo, non vi ha dubbio che la contemporanea esistenza dei due debiti a carico del tutore e dell'amministrato, l'un verso l'altro, produrrebbe di pien diritto la reciproca estinzione dei debiti stessi per le quantità corrispondenti, a norma degli art. 1285, 1286 cod. civile.

Ma la esistenza di somme di danaro disponibili in mano del tutore quale rappresentante del minorenne, non può dar luogo ad estinguersi di diritto, fino alla concorrenza di tali somme, i crediti, quantunque liquidi ed esigibili, spettanti al tutore stesso verso il proprio amministrato. Non è caso di *compensazione*, ma di *pagamento*, che col denaro esistente in sue mani il tutore può o deve fare a sè stesso, come lo farebbe a qualunque estraneo creditore, dappoichè per la speciale condizione sua e per l'ufficio che esercita, riveste ad un tempo la duplice qualità di creditore del minorenne e di rappresentante legittimo

ed amministratore delle sostanze di lui. Abbiamo detto che *può* o *deve* pagare a sè stesso il proprio credito, coi denari dell'amministrato disponibili in sue mani, perchè effettivamente potrebbe talvolta essere responsabile di avere lasciate giacere in cassa le somme, colle quali avrebbe potuto soddisfarsi dell'aver suo, od anche di averle in altro modo impiegate; nel senso che nel rendiconto di tutela non sarebbero poi ammissibili in favore del tutore gl'interessi posteriormente decorsi del credito suo, quando avesse lasciate infruttifere le somme spettanti al minore, o gl'interessi maggiori quando ne avesse fatto un impiego meno produttivo. Ma appunto perchè si tratta di effettivo pagamento, non di compensazione, ed è quindi inapplicabile la regola dell'art. 1286 cod. civ., e perchè, d'altro lato, il tutore che abbia un credito verso il proprio amministrato non dee trovarsi, per effetto dell'ufficio di cui è rivestito, in condizione peggiore di qualunque creditore estraneo, egli potrà dunque approfittare della disposizione dell'art. 1246 cod. civ., differendo il soddisfacimento del proprio credito fino a quando non abbia disponibile tutta la somma necessaria per estinguerlo intieramente, ed evitando così un frazionamento del capitale spettantegli, ciò che potrebb'essergli di notevole danno. Così anche questo punto di questione riesce facilmente risolto.

Se n'è però trovato un altro, domandando se il tutore possa da sè solo pagarsi del proprio credito col denaro che tenga disponibile di appartenenza dell'amministrato debitore suo, o se in tale atto il minore debba essere rappresentato dal protutore. L'opinione generale è veramente, che questo intervento del protutore non sia necessario; sia perchè, dicesi, il pagamento non è in fine che un atto di semplice amministrazione; sia perchè, altri aggiunge, " gl'interessi del tutore non sono in questo caso opposti " a quelli del minore, essendo quest'ultimo interessato " dal canto suo a pagare quanto deve, come il tutore è

“ interessato a ricevere ciò che gli è dovuto (1) „. Il primo dei citati autori soggiunge tuttavia un avvertimento, dicendo che “ il chiamare il protutore ad esser presente “ al pagamento potrebb'essere una savia precauzione, “ specialmente qualora il credito del tutore sembrasse “ suscettibile di qualche obbiezione „.

L'argomento dedotto dalla qualità d'atto di semplice amministrazione, che è propria del pagamento d'un debito, non ci sembrerebbe abbastanza concludente; perchè quando sussista veramente opposizione d'interessi tra il tutore e l'amministrato, quest'ultimo non può essere rappresentato dal primo, ma la rappresentanza dev'esserne assunta dal protutore, tanto se si tratti di atti di amministrazione ordinaria, come di atti che la eccedano: ciò che è fatto palese dalla generalità stessa della disposizione data in proposito dell'art. 266 cod. civ. e dalla identità dei motivi.

Nè reputiamo più decisivo l'altro argomento, che si fonderebbe sull'essere interessati al pagamento tanto il minore in cui nome lo si faccia, quanto il tutore che lo riceva; chè il contemporaneo verificarsi d'interesse da ambe le parti non significa ancora che tale interesse debba essere comune, anzi l'interesse dell'uno può essere opposto a quello dell'altro. Ed è ciò appunto che può avverarsi nell'atto di un pagamento; prima della cui esecuzione bisogna necessariamente esaminare e verificare la esistenza e la legittimità del debito che si tratterebbe di estinguere, ed in tale verificazione è incontestabile la esistenza d'un conflitto tra l'interesse del tutore, che sarebbe il creditore, e quello dell'amministrato, che sarebbe il debitore.

Nondimeno reputiamo giustissima la massima insegnata dai citati autori. L'intervento del protutore è indispensabile, secondo il ricordato art. 266 nei casi in cui

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 656; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 59; Laurent, t. V, n. 56.

l'interesse del tutore trovandosi in opposizione con quello del minore, vi sia necessità che quest'ultimo venga rappresentato in un atto destinato ad avere effetti legali. Nel caso di pagamento d'un credito del tutore, è da questo solo che emana un atto di tale natura, consistente nella quitanza ch'egli rilascia, e che rimane a far parte dei documenti dell'amministrazione; dal lato del minore, per conto e in nome di lui, si compie semplicemente un fatto: la prestazione, cioè, della somma occorrente per soddisfare al debito; e questo fatto, che per indole sua è nelle competenze libere ed esclusive del tutore, non vi è motivo per cui egli non possa compierlo col denaro disponibile esistente in sue mani, per ciò che il creditore, a cui quel denaro è dovuto, sia egli stesso, anzichè un estraneo. Ma il credito del tutore, si osserva, potrebb'essere discutibile, o quanto alla sua esistenza, o quanto alla sua legittimità. Sia pure; ma l'interesse del minore non sarà perciò minimamente compromesso; perchè le ragioni di lui saranno tuttavia pienamente discutibili, e ne verrà il tempo in occasione del rendiconto finale, a fronte del minore stesso uscito di tutela. Delle due cose l'una: o il credito, di cui il tutore si è soddisfatto, era reale e legittimo, e non vi sarebbe motivo di considerare come inefficace il pagamento perchè il protutore non vi sia intervenuto; o quel credito non sussisteva di fatto o di diritto, e quando nel rendiconto finale sarà presentata la quitanza del tutore tra i documenti giustificanti gli atti di sua amministrazione, rimarrà aperto al tutelato il campo per dibattere tutte le eccezioni che abbia ad opporre contro l'ammissione di quel pagamento tra le spese giustificate.

Lo stesso dovrebbe indubbiamente ritenersi pei crediti che il tutore avesse contratti durante la tutela e in causa di essa, ad esempio, per anticipazioni fatte nell'interesse dell'amministrato. Il tutore non è, nè può essere tenuto, per ragione del suo ufficio, ad anticipare del proprio le spese per le quali le rendite del patrimonio amministrato

non gli diano i mezzi sufficienti. Se fa volontariamente tali anticipazioni, contrae un legittimo credito, per il cui rimborso non può esser costretto ad attendere la fine della tutela, ma nel successivo corso della gestione trovandosi aver disponibili somme occorrenti, ha tutto il diritto di rivolgerle alla restituzione del danaro che ha speso, come farebbe per qualunque altro debito del minore, come farebbe verso altri che avesse anticipate quelle spese. Nè in tutto ciò può rendersi necessario l'intervento del protutore.

Qualche maggiore difficoltà si è incontrata nel determinare se il tutore non avendo nell'amministrazione somme sufficienti per pagarsi del proprio avere verso il minore, possa far procedere alla spropriazione dei beni di quest'ultimo per essere soddisfatto sul prezzo. Ma le difficoltà sono veramente ristrette al solo caso che si tratti di crediti contratti dal tutore per causa della tutela stessa; poichè, se si tratti invece di crediti estranei alla tutela, non può essere dubbio che al tutore spettino i diritti ordinari di qualunque creditore, mentre la legge non fa, nè sarebbe giusto che facesse, veruna eccezione in danno di lui. Era massima, questa, ritenuta anche in diritto romano (L. 1, § 5 ff., Dig., *de contraria tutelae et utili actione*) e intorno alla quale oggi pure la dottrina è concorde (1). Quanto ai crediti contratti dal tutore in dipendenza della sua stessa gestione, le ragioni di dubitare, oltre all'autorità del diritto romano, che in simile caso negava al tutore l'azione contraria di tutela *quamdiu officium durat* (d.ª L., § 3), stavano nel considerare: che solo a tutela finita e dal rendimento del conto possa risultare il credito del tutore, il quale d'altronde debba imputare a sè stesso se facendo anticipazioni, alle quali non era tenuto, si è creata volontariamente una posizione che poi gli riesce nociva.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 45; Laurent, t. V, n. 56, pag. 65.

Nondimeno la dottrina moderna non ammette, sebbene vi sia qualche dissenso, una massima così rigorosa, la quale, bisogna convenirne, sarebbe assai poco conforme allo spirito di più larga equità a cui s'informano le legislazioni attuali, e sarebbe anche poco propizia in ultimo all'interesse del minore; poichè i tutori più difficilmente si presterebbero a provvedere del proprio ai bisogni dei loro amministrati, quando sapessero di dovere inesorabilmente rimanerne in isborso fino alla fine della tutela (1). Ma dopo tutto ciò, la questione non è di vedere qual cosa sia consigliata dalla equità verso il tutore, o dall'interesse del minorenne; ma nel silenzio della legge, bisogna determinare ciò che sia da ritenersi secondo i principî generali di diritto. Stando a questi, ci sembra, in verità, troppo assoluta la dottrina professata dal Laurent: il quale insegna che il tutore, avendo crediti per anticipazioni fatte nell'interesse del minore, e non avendo nella cassa tutelare denari sufficienti per rimborsarsi, *possa agire immediatamente in giustizia;* ed alla obbiezione dedotta dal non potersi reputare creditore il tutore, se non dipendentemente dal conto da rendersi in fin di tutela, risponde che il conto si compone di riscossioni fatte “ dal tutore “ per conto del minore e di spese; che queste si prendono “ sulle rendite, o all'occorrenza sui capitali del minore; “ che il tutore non è tenuto a fare del proprio anticipa- “ zioni; e che perciò, se volontariamente le fa, *queste* “ *non sono spese di tutela*, ma debiti del minore, che deb- “ bono esser pagati come tutti gli altri debiti „. Se il tutore anticipa le somme necessarie pel mantenimento, per l'educazione ed istruzione del minore, per le riparazioni indispensabili agli edifizi a questo appartenenti, e simili, non saranno dunque codeste *spese di tutela?* Non le saranno, solo perchè, non trovandosi nella cassa tutelare i fondi sufficienti per provvedervi, il tutore vi supplisce

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 49; Laurent, l. c.

buonamente del suo? Non lo crediamo sostenibile. Ma tali spese, si soggiunge, perchè anticipate dal tutore, costituiscono debiti del minore. Nessuno potrebbe negarlo; ma la questione non è qui; essa sta, e non altro, nel vedere quando e come tali crediti del tutore possano dirsi accertati, in guisa che per ottenerne il rimborso egli possa, come si sostiene, *far procedere alla vendita dei beni del minore e farsi pagare sul prezzo.*

Il Demolombe adotta, come suole, un sistema più temperato e conciliativo. Egli dice che " qualora il minore " non avesse denaro contante, il tutore potrebbe domandare al consiglio di famiglia d'essere autorizzato a far " vendere i beni del minore per essere rimborsato delle " sue anticipazioni, e in caso di rifiuto del consiglio, " potrebbe provvedersi contro la deliberazione di esso " davanti al tribunale „; che poi consiglio o tribunale risolverebbero secondo le circostanze, apprezzando la necessità, l'utilità, l'urgenza delle spese anticipate dal tutore, e facendosi presentare da questo, al bisogno, uno *stato di situazione della sua gestione.* In tutto ciò veramente ci sembra di vedere qualche cosa di men deciso e più arbitrario di quanto sarebbe desiderabile nel definire rapporti di diritto del tutore verso l'amministrato.

Pensiamo, innanzi tutto, che non basti l'avere il tutore anticipata del proprio qualche spesa per interesse del minore affinchè possa durante la tutela richieder la vendita di beni del minore stesso per essere rimborsato. È possibilissimo infatti che posteriormente il tutore abbia effettuati incassi, col mezzo dei quali abbia potuto soddisfarsi; e non trattandosi di un credito ordinario, ma di un credito di amministrazione, il tutore non può dirsi veramente creditore se non faccia constare, mediante conti regolari, d'essere tuttora in isborso delle somme anticipate. È questa una concessione che ci par giusto di fare all'osservazione di coloro i quali dicono, che *il tutore non può essere creditore, se non in virtù di un conto.* Ripu-

tiamo però ch'essi spingano tropp'oltre il loro concetto, quando soggiungono che *il conto non dovendo rendersi che in fine della tutela*, debba dunque attendersi l'approvazione del rendiconto finale, perchè il tutore possa agire pel reliquato che ne risulti in suo favore. Certamente, egli *non è obbligato* a presentare un rendiconto formale e completo che in fine di tutela. Ma dov'è la legge che gl'imponga di differire sino a quel tempo la ripetizione delle spese che abbia fatte del proprio, se nel corso dell'amministrazione non trovi nelle rendite mezzi sufficienti per rimborsarsene? Dov'è la legge che gli vieti di presentare durante la tutela stessa un conto speciale, al fine di giustificare la reale esistenza dei suoi crediti, ed esigerne il pagamento? Se una tal legge esistesse, sarebbe davvero non giusta nè provvida. Il tutore potrà dunque, presentando un conto, giustificando le spese fatte, dimostrando di non avervi potuto provvedere colle entrate riscosse in nome e nell'interesse del minore, accertando così l'esistenza e l'ammontare del proprio credito, chiedere al consiglio di famiglia i provvedimenti opportuni, sia poi di vendita di beni o d'altro, per procurare i fondi con cui possa rimborsarsi. Qualora la deliberazione del consiglio riuscisse contraria, sarebbe impugnabile, non vi ha dubbio, coi mezzi ordinari; ed anzi, trattandosi d'un diritto, che sarebbe offeso a danno del tutore, egli potrebbe pure impugnare quella deliberazione in via contenziosa, quando anche fosse stata presa all'unanimità. Non dipenderebbe da arbitrio del consiglio di famiglia, nè dei giudici, non da apprezzamento di circostanze, di maggiore o minore utilità, di più o meno imperiosa urgenza delle spese sostenute, il far ragione o no, alla domanda del tutore. Egli ne avrebbe il diritto, purchè le spese fossero giustificate, e dimostrate conformi alle norme di amministrazione seguite dai buoni padri di famiglia, e fosse accertato il credito tuttora esistente del tutore per l'anticipazione da lui fattane. Crediamo però che la via giudiziale non potrebb'essere aperta

al tutore per quest'oggetto, fuorchè per impugnare la deliberazione del consiglio di famiglia, che avesse respinte le istanze da lui presentategli prima; non trattandosi di un credito ordinario, pel quale egli potrebbe invocare il diritto comune, ma di un credito relativo all'amministrazione tutoria da lui stesso esercitata, in cui è obbligo suo di promuovere dalla superiore autorità del consiglio i provvedimenti occorrenti per sovvenire ai bisogni dell'amministrazione stessa.

Un altro punto disputabile riguarda la decorrenza degli interessi a profitto del tutore, sui crediti che a lui competano verso il minore, sia per causa dipendente dalla stessa amministrazione tutelare, sia per causa ad essa estranea.

In quest'ultima ipotesi, e qualora si tratti di credito già per sè produttivo d'interessi, non può essere dubbio che questi continuino a decorrere anche dopo scaduto il termine pel rimborso del capitale, qualora il tutore non abbia disponibili nell'amministrazione mezzi sufficienti per soddisfarsi del proprio avere. Ma se invece il credito sia di sua natura infruttifero, comincierà di pien diritto dal giorno della scadenza a produrre interessi in favore del tutore? E qualora si tratti di credito che abbia causa dalla tutela, saranno dovuti al tutore gl'interessi delle somme da lui anticipate, dal giorno del provato pagamento di esse, come nei casi di mandato convenzionale? Ecco le questioni dibattute dagli autori francesi, che non vi si trovarono concordi.

Vi fu prima chi avvisò per la decorrenza di pien diritto degl'interessi a favore del tutore, argomentando da varie disposizioni del codice Napoleone, dalle quali reputava raccogliersi questa massima: che *la legge facesse decorrere gl'interessi senza bisogno di domanda giudiziale, a pro di coloro i quali non potessero o non dovessero formare domande giudiziali l'uno contro l'altro* (1).

(1) V. Delvincourt, t. I, lib. I, tit. X, s. VII, § II, pag. 123, nª 4.

Ma questa dottrina fu tosto combattuta e generalmente respinta, osservando come veramente non sussistesse analogia coi casi contemplati nelle disposizioni di legge da quell'autore invocate; e come ad ogni modo l'opinione di lui fosse invincibilmente respinta dall'altra disposizione contenuta nell'art. 474 di quel codice " *che rifiutava al* " *tutore gl'interessi nel caso più favorevole, quello cioè, che* " *alla fine della sua amministrazione egli si trovasse creditore* " *del minorenne* „ (1).

Qualcuno anzi spingeva tant'oltre il rigore, da non ammettere il temperamento proposto dal primo dei due scrittori ora ricordati — che, cioè, " il tutore potesse ren- " dere produttivo d'interessi il proprio credito, *facendolo* " *regolare dal consiglio di famiglia* „ — e da professare assolutamente che il tutore non avesse altro modo per procurarsi gl'interessi " *che di formare una domanda giu-* " *diziale contro il surrogato tutore* „ (2).

Altri però confutava, come esagerata a sua volta, questa idea; ritenendo non indispensabile la domanda giudiziale, e lecito al tutore di " far regolare il proprio credito dal con- " siglio di famiglia; il quale deciderebbe se dovessero es- " sere prestati gl'interessi al tutore, o convenisse ricorrere " ad un prestito o ad un'alienazione, per rimborsarlo „ (3).

E tale opinione fu seguìta anche da un nostro scrittore, il quale la conforta con questa sua idea, che " il " consiglio di famiglia ha tutte le facoltà che si possono " spendere a vantaggio del minore, facendo anche un poco " la giustizia „ (4).

Un'altra teoria è stata professata recentemente, che limitandosi a considerare i crediti contratti dal tutore in dipendenza della tutela stessa, distingue se essi procedano

(1) V. Duranton, t. III, n. 566; Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 492.
(2) V. De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. I, n. 254.
(3) V. Demolombe, t. VII, n. 658.
(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 296-297, vol. I, § 621, pag. 993.

da spese anticipate da lui nell'interesse del minore, o da pagamenti, ch'egli abbia fatti con danaro proprio, di debiti del minore; e in quest'ultimo caso ritiene applicabile la regola dell'art. 2001 cod. Franc., a cui corrisponde il 1755 del nostro, mentre nel primo caso considera come risolta la questione contro il tutore dall'art. 474 del medesimo codice, sebbene riconosca che l'equità esigerebbe di trattare il tutore con altrettanto favore d'un mandatario comune (1).

Persistiamo a credere che anche nel risolvere le questioni delle quali ora ci occupiamo, convenga tener distinti i crediti che spettino al tutore verso il minore per cause estranee alla tutela, e quelli ch'egli abbia contratti in dipendenza dell'esercizio di essa, e che nel primo caso, trattandosi d'un credito ordinario, le condizioni del tutore debbano essere nè più nè meno delle comuni a qualunque creditore, nè la posizione personale di lui possa influire, sia a peggiorarle, sia a migliorarle.

Posto ciò, e stando alla ipotesi d'un credito originariamente infruttifero, ci par chiaro che per applicazione degli articoli 1223 e 1231 cod. civile, qualora l'obbligazione del minore sia *a termine*, la scadenza di esso basterà per produrre a favor del tutore e creditore la decorrenza degli interessi; poichè essi sono dovuti, a titolo di danni pel ritardo nell'adempimento di obbligazioni aventi per oggetto somme di danaro, *dal giorno della mora*, e questa s'incorre *per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione;* e qualora poi nella convenzione non si trovi stabilito alcun termine, il tutore non potrà procurarsi la decorrenza degli interessi, se non costituendo in mora il proprio debitore *mediante un'intimazione od altro atto equivalente*, da notificarsi in tal caso al protutore, che per l'evidente opposizione d'interessi col tutore sarebbe il legittimo rappresentante del minorenne, a norma dell'art. 266 cod. civile.

(1) V. Laurent, t. V, n. 51, 57, pag. 58, 66.

Ciò non ostante, potrebbesi offrire ancora un altro mezzo per rendere fruttifero a pro del tutore il credito, che in origine non lo fosse, ed a cui non fosse apposto un termine; e sarebbe *la convenzione*, nella quale pure, per la stessa ragione ora detta, il minore dovrebb'essere rappresentato dal protutore, e per la quale sarebbe necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Qualora il tutore volesse assolutamente riscuotere il proprio credito, e mancassero nell'amministrazione tutelare i mezzi per soddisfarvi, spetterebbe al consiglio di provvedere nel modo che reputasse più opportuno, anche autorizzando l'alienazione di beni del minore o l'assunzione d'un mutuo ad interesse. Or perchè dunque se il tutore acconsente a ritardare la riscossione del suo credito, pur di renderlo fruttifero, a condizioni forse più miti di quelle che sarebbero sperabili prendendo da altri danaro a mutuo, non può ugualmente il consiglio autorizzare una tale convenzione? Solo pare a noi che il mezzo d'una convenzione autorizzata dal consiglio di famiglia, e da stipularsi tra il tutore nella qualità sua di creditore, e il protutore nell'altra di rappresentante il minore, sarebbe il solo regolare; nè crediamo che il consiglio di famiglia potrebbe o stipular esso una tale convenzione col tutore in nome e nell'interesse del minorenne, o creare direttamente colla propria deliberazione l'obbligazione degli interessi a carico del minorenne medesimo. Quella specie di onnipotenza, che un autore da noi citato superiormente vorrebbe attribuire al consiglio di famiglia, dicendo che esso “ ha *tutte* “ *le facoltà che si possono spendere a vantaggio del minore,* “ *facendo anche un poco la giustizia* „, ci par proprio una creazione affatto arbitraria, fuori della legge. Da questa sono limitate le attribuzioni del consiglio di famiglia, e non è lecito eccederle. Non è al consiglio che spetti di rappresentare il minore negli atti civili; nè gli appartiene la facoltà d'imporre coi proprii deliberamenti al minore obbligazioni, che non gl'incombano per legge o per altra

causa legittima; ma solo di autorizzare gli atti che chi rappresenta legalmente il minore stesso abbia a fare nell'interesse di lui.

Scendendo ora ad esaminare l'altro ordine di casi, che abbiamo sopra distinto, quello cioè di crediti contratti dal tutore in dipendenza della tutela, per anticipazioni da lui fatte nell'interesse del minore, vi troviamo in vero maggiori difficoltà, ma forse già attenuate in parte da quanto abbiamo precedentemente esposto.

Il primo aspetto sotto cui si presenta la questione, riguarda il potersi, o non, applicare in favore del tutore la regola generale, secondo cui " il mandante deve al mandatario gl'interessi delle somme da questo anticipate, dal giorno del provato pagamento delle medesime „ (art. 1755 cod. civ.). Nè, certo, potrebbesi negare che il tutore agisca in virtù di un mandato legale nell'amministrazione che esercita pel minore. Ma questo mandato è forse regolato da identici principii del mandato convenzionale? A questi principii generali è da ricorrere senza dubbio in mancanza di disposizioni speciali della legge, ma il codice, nel Capo *della tutela*, ha stabilito un sistema completo di norme particolari, che regolano l'esercizio di codesto mandato legale del tutore, e le conseguenze che ne derivano tra lui e l'amministrato; e tra queste norme particolari vi è quella dell'articolo 308, in forza di cui, anche dopo finita la tutela e reso ed approvato il conto definitivo, sulle somme, delle quali il tutore risulti creditore verso l'amministrato *non decorrono interessi, se non dal giorno della domanda giudiziale fatta dopo l'ultimazione del conto.* A veder nostro è inconfutabile l'argomento che si deduce da questa disposizione; che se neppure dopo approvato il rendiconto finale della tutela, decorrerebbero di diritto interessi a favore del tutore sulla somma complessiva di cui egli risultasse creditore, somma, la quale necessariamente comprenderebbe anche le anticipazioni, che da lui fossero state fatte con denaro proprio, salvo al tutore di poter

chiedere gl'interessi in giustizia, conforme al diritto comune, molto meno è ammissibile che durante la tutela si faccia luogo di diritto a decorrenza d'interessi sulle somme dal tutore anticipate, dal giorno in cui consti esserne avvenuto lo sborso. Ma dunque il tutore, per analogia della citata disposizione dall'art. 308, non avrà proprio altro rimedio, onde ottenere gl'interessi delle somme da lui sborsate durante l'amministrazione, fuorchè di agire in giustizia contro il proprio tutelato? Le osservazioni già fatte nel corso di questo numero dimostrano abbastanza, se non erriamo, come a tale inconveniente possa essere ovviato. Il tutore, che avrebbe il diritto di esigere anche durante la tutela il rimborso delle somme da lui anticipate pei bisogni del minore, potrà, consentendo invece a rimanerne creditore, convenire col protutore, rappresentante in tal caso il minorenne, ed autorizzato dal consiglio di famiglia, la prestazione degl'interessi a carico del minorenne medesimo.

Il consiglio di famiglia, che per dar luogo a soddisfare all'obbligo del rimborso dovuto al tutore, dovrebbe provvedere con altri mezzi, autorizzando, per esempio, ad alienar beni del minore, o a prender danaro a mutuo, avrà ben anche indubbiamente il potere di autorizzare una convenzione col tutore, la quale riesca in confronto meno gravosa per l'amministrato. E questa riflessione reputiamo bastante anche per rispondere alle considerazioni di equità invocabili a favor del tutore.

Resta di rispondere al dubbio, se almeno quando le anticipazioni fatte dal tutore abbiano servito ad estinguere debiti del minore, possa rendersi applicabile la regola generale del mandato, scritto nel nostro codice all'articolo 1755, facendo luogo alla decorrenza degli interessi sulle somme anticipate, dal giorno del provato pagamento di esse. Intorno a che sta, come riferimmo, in favore del tutore un'opinione autorevolissima (1). “ La

(1) V. Laurent, t. V, n. 51.

“ posizione del tutore, che paga un debito del minore, può “ assomigliarsi, dice l'illustre giurista, a quella di un “ mandatario o d'un gestore d'affari che faccia anticipa- “ zioni pel mandante o per l'interessato nella gestione; *è* “ *meno come tutore che per occasione della tutela, ch'egli fa* “ *un tale pagamento* „.

“ Anzi egli agisce più veramente come mandatario, “ che come gestore d'affari; perchè egli è incaricato di “ pagare i debiti, e se li paga con danaro proprio, è pre- “ cisamente nella posizione d'un mandatario che fa delle “ anticipazioni per la esecuzione del mandato. Si può “ dunque applicare anche al tutore l'articolo 2001 „. (art. 1755 cod. civ. Italiano).

La venerazione che professiamo al celebre scrittore non ci dissuade dall'esporre qualche considerazione, la quale ci renderebbe dubitosi ad accogliere l'opinione sua. La distinzione da lui proposta, tra ciò che il tutore opera in tale qualità, e ciò che fa soltanto *per occasione della tutela*, distinzione giustissima in astratto, non ci sembra applicabile al caso; e, se non erriamo, lo stesso autore lo dimostra, quando poche linee più innanzi, volendo stabilire che si tratti di vero mandato, anzichè di gestione d'affari, ci dice che “ *il tutore essendo incaricato di pagare* “ *i debiti*, se lo fa con denari proprii, è assolutamente “ nella posizione *d'un mandatario che anticipa somme nella* “ *esecuzione del suo mandato* „. Ma dunque è veramente *come tutore*, non per sola occasione della tutela, che agisce anticipando queste somme pel pagamento dei debiti del minore; è il *mandato legale* attribuitogli colla tutela che egli eseguisce anticipando del proprio il danaro occorrente.

È giusta l'osservazione dell'autore, che il tutore “ non “ è tenuto a pagare i debiti del pupillo quando questi “ non ha i denari sufficienti „; ma non è tenuto nemmeno ad anticipare del proprio le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del minore, o d'amministrazione dei beni, e ciò non ostante, il medesimo autore, a sei

numeri più oltre, opina pure che se il tutore anticipa queste spese, lo fa *come tutore*, non come mandatario comune o gestore d'affari, e che perciò, non l'art. 2001 cod. Franc. (1755 cod. Ital.) può essergli applicabile, ma l'art. 474 cod. Franc. (308 cod. Ital.). Il vero è infatti, che provvedendo ai bisogni dell'amministrazione tutelare, sia con le spese di mantenimento del minore e di governo dei beni, sia col pagamento dei debiti, chi regge l'amministrazione stessa agisce appunto nella qualità di tutore, in esecuzione di questo suo mandato legale non per sola occasione di esso. Tanto è vero ciò, che tutte del pari codeste anticipazioni, qualora il tutore non se ne fosse rimborsato nel corso della tutela, dovrebbero indubbiamente ammettersi nella parte passiva del rendiconto finale, ed a tutto il residuo complessivo, che ne risultasse dovuto al tutore, andrebbe applicata la regola dell'articolo 308, che neppure dal giorno della ultimazione del conto, ma solo da quello della domanda giudiziale fatta dopo, decorressero gli interessi a pro del tutore. Come può dunque ammettersi, che su una parte di quella somma di residuo credito del tutore, sulla parte cioè che rappresentasse il pagamento di debiti, dovessero computarsi gl'interessi fin dal giorno del provato pagamento?

D'altronde il tutore non ha motivo di lamentarsi che l'equità sia offesa in danno suo; poichè, oltre all'essere stata puramente volontaria l'anticipazione da lui fatta, egli avrebbe ancora potuto, volendo, farsi rimborsare durante la tutela stessa, o far decorrere gl'interessi mediante la intimazione d'una domanda giudiziale, o stabilire in proposito, coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, una convenzione col protutore, quale rappresentante il minore, pel verificarsi del caso di opposizione d'interessi contemplato dall'art. 266 cod. civile.

Chiuderemo la lunga trattazione di questo argomento, osservando come la responsabilità del tutore per l'inadempimento o il ritardo dell'obbligo suo di pagare i debiti del

minore coi mezzi che abbia disponibili nell'amministrazione, o al contrario pel pagamento eseguito di pretesi debiti non esistenti realmente, si risolva nel risarcimento di tutti i danni che possano esserne derivati al minore; e specialmente, nel primo caso, dovrebbersi nel conto finale della tutela porre a carico del tutore tutte le spese e gli interessi che fossero stati conseguenza del ritardo sofferto dai creditori. Per esimersi da tale responsabilità, il tutore non avrebbe altro mezzo, che di provare d'essere stato nella impossibilità di soddisfare a quei debiti col danaro che aveva allora disponibile nell'amministrazione, e di avere invano invocati dal consiglio di famiglia i provvedimenti opportuni. Nè gli varrebbe invocare il beneficio del termine di tre mesi, secondo la disposizione dell'articolo 291, § 2; la quale riguarda l'impiego da ricercarsi delle somme avanzate dai redditi, ma non può essere applicabile all'uso del danaro disponibile in cassa, nel soddisfare alla necessità del pagamento di debiti esigibili e fruttiferi (1).

(*b*).

Degli atti pei quali è sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Sommario. — 249. Enumerazione degli atti da comprendersi in questa categoria. — 250. 1) Riscossione dei capitali. — 251. Se tra la riscossione dei capitali del minore e il loro reimpiego siavi tal vincolo, che il consiglio di famiglia non possa autorizzare quella senza provvedere contemporaneamente a questo. — 252. Del caso in cui il tutore stesso debba qualche somma capitale al minore. — 253. Sanzioni speciali della regola che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia per la riscossione dei capitali del minore. — 254. Atti aventi così intima analogia con quello di riscossione dei capitali, da doversi ritenere pure necessaria per quelli l'autorizzazione del consiglio di famiglia. — 255. 2) Impiego dei capitali. — 256. Conseguenze speciali dell'adempimento o dell'inosservanza della legge in ordine all'autorizzazione richiesta per

(1) V. Duranton, t. III, n. 556; Chardon, *Tr. des trois puiss.*, parte III, n. 490; Demolombe, t. VII, n. 653.

tale impiego. — 257. 3) Acquisto di beni immobili o mobili. — 258. Sanzioni speciali della regola che richiede per esso l'autorizzazione del consiglio di famiglia. — 259. 4) Accettazione e rinunzia di eredità. — 260. 5) Accettazione di legati particolari e di donazioni. — 261. Sanzioni delle relative disposizioni di legge. – 262. 6) Locazioni eccedenti il novennio. — 263. 7) Affitto dei beni del minore a profitto del tutore o del protutore. — 264. Specialità essenziale agli atti di autorizzazione emananti dal consiglio di famiglia nei casi dalla legge stabiliti.

249. In ordine agli atti, per compiere i quali validamente il tutore deve adempiere certe formalità abilitanti, il codice Italiano contiene diverse disposizioni, di alcune delle quali abbiamo avuta occasione di occuparci trattando degli obblighi a cui il tutore deve soddisfare in principio dell'amministrazione tutelare. Così vedemmo richiedersi le deliberazioni del consiglio di famiglia, per determinare l'impiego o la conversione da farsi dei valori in numerario ed oggetti preziosi, o delle carte al portatore, che si trovino nel patrimonio del minore (art. 287, 298), per autorizzare il tutore a conservare in tutto o in parte i mobili, od a venderli ad offerte private (art. 290, § 2), per stabilire il modo ed il tempo in cui debbano essere impiegati gli avanzi delle rendite (art. 291); per autorizzare il tutore ad assumere coadiutori stipendiati (articolo 295); per i modi e le cautele da osservarsi nell'alienazione e liquidazione degli stabilimenti di commercio o d'industria che si trovino nel patrimonio del minore (art. 299, § 1); per abilitare il tutore a continuare l'esercizio di simili stabilimenti (art. 299, § 2). Ma di quanto riguarda specialmente agli atti estragiudiziali occorrenti nel corso della tutela, e pei quali l'azione del tutore non sia libera, ma vincolata all'adempimento di forme abilitanti, il codice dispone negli articoli 296 e 301: nel primo dei quali enumera una serie d'atti, che il tutore non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e nel secondo scevera tra quegli atti alcuni, rispetto a cui le deliberazioni del consiglio di famiglia

debbono inoltre essere sottoposte alla omologazione del tribunale. Evidentemente, pertanto, proponendoci ora di stabilire quali siano gli atti tutorii, pei quali sia necessaria, ma sufficiente, l'autorizzazione data dal consiglio di famiglia, non potremmo riuscirvi altrimenti che ravvicinando e confrontando le citate disposizioni degli art. 296 e 301. Alla prima delle quali però è da aggiungersi l'altra contenuta nell'ultima parte dell'articolo 300, dove è vietato al tutore ed al protutore di prendere in affitto i beni del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Tenuto presente il principio, che la disposizione dell'art. 301 è essenzialmente e rigorosamente tassativa, siccome derogante al carattere connaturale alle deliberazioni del consiglio di famiglia, secondo cui esse hanno generalmente in sè stesse la virtù necessaria per essere eseguibili senza bisogno d'altre formalità (1); ne deriverà indubbiamente che tutti gli atti contemplati negli articoli 296 e 300, e non richiamati nell'altra disposizione tassativa dell'art. 301, costituiscono la categoria di quelli pei quali è sufficiente la sola autorizzazione del consiglio di famiglia.

Applicando questa norma, troviamo comprendersi nella categoria predetta:

1° la riscossione di capitali;

2° l'impiego di essi;

3° l'acquisto di beni immobili o mobili;

4° l'accettazione e la rinunzia di eredità;

5° l'accettazione di legati o donazioni soggette a pesi o condizioni;

6° le locazioni eccedenti il novennio;

7° gli affitti dei beni del minore a profitto del tutore o del protutore.

Da alcuni trattatisti vediamo indicata tra gli atti amministrativi del tutore, pei quali occorre soltanto l'autorizza-

(1) V. sopra, n. 210, pag. 974-975.

zione del consiglio di famiglia, anche la cessione o il trasferimento di crediti o di carte di credito (1). E dobbiamo riconoscere che una tale idea è suggerita veramente dal testo della legge: poichè mentre l'art. 296, annoverando gli atti pei quali è richiesta la predetta autorizzazione, a quello di *alienare beni immobili o mobili* aggiunge espressamente l'altro di *cedere o trasferire crediti o carte di credito*, l'art. 301 esige che le deliberazioni del consiglio di famiglia siano sottoposte all'omologazione del tribunale per gli *atti di alienazione*, senza dire in modo esplicito che tra essi abbiano a comprendersi pure le cessioni di crediti o di carte di credito. Ma pare a noi che, non ostante il carattere tassativo della disposizione di detto articolo 301, l'espressione ivi adoperata di *atti di alienanazione* sia tanto ampia da abbracciare le cessioni o trasferimenti di crediti o di carte di credito, non meno di ogni altra specie di alienazione di beni mobili per natura o per determinazione della legge; i motivi di quella disposizione ci confermano in tale concetto e crediamo perciò che tali cessioni o trasferimenti debbano annoverarsi, anzichè tra gli atti pei quali basta l'autorizzazione del consiglio di famiglia, tra quelli pei quali la deliberazione del consiglio stesso dev'essere sottoposta all'omologazione del tribunale. Nella trattazione di quest'altro argomento, di cui dovremo occuparci più oltre, ci riserbiamo di esporre più ampiamente le ragioni dell'opinione nostra, che qui ci limitiamo ad accennare per semplice avvertenza del perchè escludiamo le cessioni di crediti o le traslazioni di carte di credito dalla enumerazione degli atti pei quali è bastante la semplice autorizzazione del consiglio di famiglia.

250. 1) Altre volte avemmo occasione di osservare come la *riscossione dei capitali* sia per natura sua un

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 623, 3; Paoli, *La tutela*, n. 142, 3.

atto di amministrazione semplice; e se la legge nostra, tanto in questa materia, che nelle altre dell'autorizzazione maritale (articolo 134), della patria podestà (articolo 225) e della emancipazione (articolo 318) prescrive per tale atto certe forme abilitanti speciali, non è perchè lo consideri come eccedente i limiti dell'amministrazione ordinaria, ma perchè, quantunque vi sia compreso, porta seco pericoli troppo gravi di dispersioni a danno della sostanza patrimoniale del minore, per poterne lasciare libera facoltà a chi abbia i soli poteri di una semplice amministrazione di tale patrimonio; ond'è che la prescrizione delle predette formalità assume il carattere d'una eccezione alle norme comuni riguardanti gli atti di amministrazione ordinaria (1).

Nè questi sono concetti nuovi, ma risalgono alla legislazione romana; secondo la quale i debitori d'un pupillo, salvo che si trattasse di debiti relativi a semplici redditi, non potevano liberarsi validamente pagando in mano del tutore, se non in virtù d'una decisione giudiziale che lo permettesse (2).

Il codice Francese non aveva alcuna disposizione che imponesse al tutore l'obbligo di farsi autorizzare dal consiglio di famiglia a riscuotere capitali; epperò dal principio che questo atto, non meno di quello di riscuotere le rendite, è di amministrazione semplice, anzi è necessario, la dottrina era concorde a dedurre la conseguenza che il tutore potesse compierlo validamente liberando i debitori, senza bisogno di alcuna autorizzazione. Disputavasi soltanto se fosse in facoltà del consiglio di famiglia di limitare i poteri appartenenti in questo particolare al tutore, imponendogli cautele speciali da osservarsi nella riscossione o nell'impiego dei capitali: ciò che alcuni

(1) V. vol. VII, n. 203, p. 477; Paoli, *Dei figli di famiglia e dell'istituto della patria potestà*, n. 73, pag. 66; *La tutela*, n. 143, pag. 92.

(2) V. L. 25, Cod., *de admin. tut. vel cur.;* Lib. II, tit. VIII, § 2, Inst., *Quib. alien. lic., vel non.*

ammettevano, pei casi almeno di circostanze speciali che rendessero necessari tali provvedimenti (1); altri assolutamente lo negava, osservando che non potesse spettare, nè ai consigli di famiglia, nè all'autorità giudiziaria, di restringere i poteri attribuiti ai tutori da leggi che per natura loro sono d'ordine pubblico (2). Nondimeno alla stessa legislazione francese non mancarono in questa parte gravi critiche di scrittori; i quali osservavano lasciarsi ai poteri del tutore una troppo larga parte, abbandonando completamente alla discrezione di lui la riscossione e l'impiego dei capitali, tanto più dopo che la fortuna mobiliare va assumendo importanza in proporzioni sempre maggiori; crearsi con ciò dei pericoli gravissimi per la conservazione delle sostanze dei tutelati; nè le cauzioni imposte ai tutori essere in moltissimi casi sufficienti a guarentire contro tali pericoli (3). Evidentemente codeste considerazioni dovevano acquistare tanto maggior valore nella mente del legislatore italiano, dappoichè nel sistema con cui esso ordinò l'amministrazione tutelare erasi proposto di diminuire quanto fosse possibile le attribuzioni e le responsabilità del tutore, al fine di rendere ammissibile, senza pregiudizio delle necessarie guarentie a favore del tutelato, un minor vincolo di cauzione a carico del tutore stesso. Colla differenza or accennata di regole, tra la legislazione francese e la nostra, in ordine alla riscossione dei capitali, trovansi in perfetta corrispondenza le disposizioni dei due codici relative alle azioni esperibili pei crediti dei minori; giacchè, mentre il codice Francese (art. 464) imponeva al tutore l'obbligo di chiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, solo per *intentare in giudizio azioni relative ai diritti del minore sopra beni immobili*, l'art. 296, § 2, del codice Italiano richiede invece che il tutore sia autorizzato dal consiglio

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, 5, n. 53.
(2) V. Laurent, t. V, n. 52.
(3) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 1, obs. VII, pag. 375.

di famiglia per poter *promuovere azioni in giudizio*, senza limitazione neppure pel caso ch'esse abbiano oggetto mobiliare.

Identiche a quelle del codice Francese erano in questo argomento le disposizioni del codice Napoletano; ed i codici Parmense ed Estense conferivano anzi espressamente facoltà libere ai tutori per la riscossione dei crediti degli amministrati, tanto se riguardassero a rendite che a capitali, solo dichiarando obbligati i tutori stessi a *nuovamente investire le somme capitali ove il giudice non ne li dispensasse* (art. 257 cod. Parmense, 290 cod. Estense). In Toscana, la legge del 14 novembre 1814, nella parte riguardante la tutela, stabiliva all'art. 52 che i tutori e curatori " non potessero senza l'approvazione del giudice " *ritirare capitali fruttiferi, meno il caso che il debitore* " *ultroneamente volesse restituirgli* ". Il codice Austriaco dichiarava non essere lecito al tutore di ricevere di sua autorità verun capitale del minore allorchè venisse restituito; e il debitore non potersi liberare con sicurezza, se non *facendosi esibire dal tutore l'atto di consenso del giudice a ricevere tal capitale*, o pagando direttamente nelle mani del giudice stesso (§ 234). Il codice Albertino (articolo 337) dichiarava non potere il tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, riscuotere i capitali spettanti al minore, *qualora questa facoltà gli fosse stata interdetta nell'atto di sua nomina, od anche per deliberazione posteriore dello stesso consiglio di famiglia*, ove lo richiedesse l'interesse del minore; dovendo però in quest'ultimo caso la deliberazione del consiglio essere notificata ai debitori, a diligenza del protutore.

Nel codice attuale è tradotto in regola generale ed assoluta quello che il codice Albertino lasciava in semplice facoltà del consiglio di famiglia per circostanze particolari, che a prudente criterio del consiglio stesso gli sembrassero esigere nell'interesse del minore codesta cautela. Così, secondo la nostra legislazione, il tutore, che nella

natura stessa del mandato legale conferitogli troverebbe, pei principî generali, i poteri necessari per rappresentare validamente il minore nell'esigere i capitali a questo spettanti, e conseguentemente per liberare i debitori ed i fideiussori, rilasciare le corrispondenti quitanze, consentire alla cancellazione delle ipoteche costituite a guarentia dei debiti estinti, ecc., nell'esercizio di questi poteri è poi vincolato da una disposizione speciale di legge, che gli vieta di compiere validamente in nome del minore simili atti, se prima non abbia riportata l'autorizzazione formale del consiglio di famiglia.

Ciò per altro non esime il tutore dall'obbligo, che gli incombe per la natura stessa dell'ufficio suo, di curare nell'interesse del tutelato la riscossione delle somme di cui questi sia creditore, tostochè se ne verifichi l'esigibilità. Egli, dunque, non solo sarebbe responsabile se avesse trascurata una riscossione di somma capitale, a cui il consiglio di famiglia lo avesse autorizzato, ma dovrebbe parimenti rispondere dei danni che potessero derivare dal non avere a tempo debito invocata la necessaria autorizzazione, facendo istanza per la convocazione a tal uopo del consiglio di famiglia, secondo il disposto dell'art. 257 cod. civ.; e nell'uno e nell'altro caso sarebbe quindi tenuto per la insolvibilità del debitore, che fosse sopravvenuta alla scadenza del credito, e degli interessi che avrebbero potuto ricavarsi dal reimpiego della somma fatto colla comune diligenza di un buon padre di famiglia, qualora il credito non riscosso non producesse interessi, o ne producesse dei minori.

Per l'applicazione della disposizione, di cui ora parliamo, dell'art. 296, importa innanzi tutto di stabilire il senso preciso da attribuirsi alla espressione ivi usata di *riscossione dei capitali.* E intorno a ciò vi è un primo punto, sul quale non può nascere dubbio, che, cioè, non potrebbe mai comprendersi in quelle parole la *riscossione delle rendite;* che anzi è appunto in contrapposto di queste che si

parla dei *capitali*. Basti in questo particolare riferirci a quanto accennammo trattando degli atti che il tutore può fare senza bisogno d'alcuna autorizzazione (1); e ricordando la corrispondenza necessaria che esiste tra le disposizioni di legge relative alle facoltà del tutore per la riscossione dei crediti spettanti al minore, e quelle che regolano i poteri di lui nel promuovere azioni in giudizio, richiamare che il secondo paragrafo del medesimo art. 296 richiede bensì che il tutore riporti l'autorizzazione del consiglio di famiglia per poter esercitare in nome del minore qualunque azione giudiziale, ancorchè mobiliare, ma ne eccettua espressamente *quelle relative al conseguimento delle rendite.* Possiamo dunque stabilire intanto con sicurezza, che il tutore non abbisogna mai di autorizzazione del consiglio di famiglia per poter fare validamente qualunque riscossione di rendite spettanti al minore. Ciò però deve intendersi di quelle sole che siano venute a maturare durante l'amministrazione tutelare; chè se si trattasse di rendite accumulate per scadenze anteriori a profitto dell'autore del minorenne, esse formerebbero, relativamente a quest'ultimo, parte integrante della sostanza capitale, nè sarebbero comprese in quella somma annua sulla quale, colle norme stabilite dall'art. 291, debbono prelevarsi le spese per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio, impiegandone poi i soli avanzi nel tempo e nel modo determinati dal consiglio di famiglia, a norma di detto articolo, ma dovrebbero essere impiegate tutte appunto come sostanza capitale; epperò alle regole prescritte pei capitali dovrebbe anche esserne soggetta la riscossione e l'impiego.

Saremo però autorizzati a dire, che per ogni pagamento da riceversi nell'interesse del minore, e che non riguardi a semplici rendite, si richieda sempre e indistintamente l'autorizzazione del consiglio di famiglia? Sarebbe

(1) V. sopra, n. 244, pag. 1124-1126.

questo un concetto troppo esteso, se si prendesse la parola *pagamento* nel suo generale significato, di *adempimento di una prestazione formante oggetto di obbligazione*. Il testo infatti adopera una espressione più limitata, parlando solo di *riscossione di capitali:* il che accenna propriamente all'atto di *ricevere il pagamento d'una somma di denaro dovuta*. Inoltre, è appunto a quest'unico atto che riguardano i motivi, pei quali, sebbene il ricevere pagamenti sia di natura sua un atto di semplice amministrazione, lo si volle sottoposto alla forma abilitante dell'autorizzazione del consiglio di famiglia; è da questo unico atto che possono derivare quei pericoli di dispersione di una parte spesso importante delle sostanze del minorenne, per evitare i quali fu stabilita la necessità di quella forma abilitante. Se dunque si trattasse dell'adempimento di tutt'altra prestazione dovuta al minore, di eseguire qualunque obbligazione avente per oggetto *determinati beni mobili*, di consegnare o restituire quelli che dalla tutela del minorenne o dagli autori di lui fossero stati acquistati, o dati ad altri per qualsiasi titolo precario, non è dubbio che il tutore avrebbe, indipendentemente da qualsiasi autorizzazione, la capacità per ricevere, in adempimento di tali obbligazioni, la consegna o la restituzione di quei beni mobili, e rilasciarne validamente atto di liberazione ai debitori. È desso che rappresenta negli atti civili il minore, che ne possiede legalmente e ne amministra i beni; a lui devono dunque essere consegnati quelli che altri debba o detenga; nè, per esercitare questa attribuzione propria del mandato conferitogli dalla legge, egli può aver bisogno d'un'autorizzazione, che la legge stessa si limita a richiedere pel caso di ricevimento di somme capitali in denaro.

D'altra parte, però, è chiaro che qualvolta si abbiano da riscuotere pel minore somme di danaro non appartenenti alle rendite verificatesi durante la tutela, concorreranno sempre tanto la espressione letterale, quanto i motivi della disposizione che commentiamo, per richiedersi

l'autorizzazione del consiglio di famiglia, quand'anche non si tratti specificamente di ricevere il *rimborso di mutui ad interesse*. Così non sarebbe contestabile la necessità dell'autorizzazione per ricevere il rimborso del capitale d'una rendita semplice, o il pagamento di quello corrispondente ad una rendita fondiaria, che il debitore volesse redimere (art. 1784 cod. civ.). Solo potrebbe sembrare ragionevole di avere riguardo alla entità della somma, la quale dovesse essere abbastanza considerevole per poterla riguardare come un capitale, per la cui riscossione fosse necessario invocare l'autorizzazione del consiglio di famiglia. In questo senso fu infatti insegnato essere *funzione dell'ordinaria amministrazione*, e per ciò esente da ogni speciale forma abilitante " l'esazione di tutti i crediti che rappresentano " le rendite civili del patrimonio, e *anche di quelli di tenue* " *importare, che non possono qualificarsi capitali* „ (1). Se non che, accettando questa come regola, si sarebbe poi costretti ad abbandonarne totalmente all'arbitrio l'applicazione; nè ciò sembra ammissibile in una materia come questa, nella quale si hanno da stabilire i limiti della capacità del tutore, a fronte anche dei terzi, i quali contrattino od agiscano verso lui come rappresentante del minorenne. Quale sarebbe il *tenue importare* di un credito, che non permetterebbe di *qualificarlo come capitale*, a senso della disposizione dell'art. 296? Bisognerebbe determinarlo in modo generale ed assoluto, in una somma fissa per tutti i casi? Nel silenzio della legge, non si saprebbe su quali basi e con quale autorità stabilire quella somma. Ovvero si dovrebbe determinarla in senso relativo, avendo, cioè, riguardo all'importanza complessiva del patrimonio tutelare? E allora la difficoltà si accrescerebbe. Più sicuro ci sembra l'attenersi all'unica norma già accennata: di considerare, cioè, come *capitali*, per la cui riscossione è da

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 620, pag. 991.

richiedersi l'autorizzazione del consiglio di famiglia, tutte le somme di denaro dovute al minore per qualunque titolo che non concerna rendite verificatesi durante l'amministrazione della tutela e qualunque ne sia l'ammontare. Se questo sia molto lieve, dipenderà dalla prudenza dei debitori l'apprezzare nel proprio interesse, se di fatto possano senza verun pericolo pagare in mani del tutore, quantunque non autorizzato. Ma legalmente, come essi non potrebbero essere richiesti giudizialmente del pagamento, se non previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia, perchè la legge la richiede indistintamente per *promuovere azioni in giudizio*, senza fare altre eccezioni che quelle delle azioni possessorie, delle questioni relative al conseguimento delle rendite, e dei casi di urgenza, così non possono liberarsi validamente a fronte del minore pagando volontariamente nelle mani del tutore di lui, se questi non abbia prima riportata una simile autorizzazione.

251. La nostra legge assoggetta con una stessa disposizione all'autorizzazione del consiglio di famiglia gli atti di riscuotere i capitali del minore, e di farne impiego. Può quindi nascere il dubbio, se, giusta lo spirito di tale disposizione, non si possa autorizzare la riscossione dei capitali, fuorchè a condizione di determinare colla stessa deliberazione, il modo in cui debbano essere rinvestiti. Dal che deriverebbero, com'è manifesto, conseguenze di gravissima importanza: non solo in ordine alla responsabilità individuale dei componenti il consiglio di famiglia verso il minore se avendo omesso di regolare, come avrebbero dovuto per legge, il reimpiego dei capitali di cui autorizzavano la riscossione, ne fosse derivato danno al minore; ma eziandio in riguardo ai debitori di lui, i quali, pagando nelle mani del tutore in virtù di una deliberazione consigliare imperfetta, non sarebbero validamente liberati, e potrebbero essere nuovamente ricercati pel debito nell'interesse del minore, anche da quello stesso tutore al quale

avesser fatto il pagamento nullo: salva sempre la responsabilità personale di costui verso di loro.

Tale questione sembra che sia stata prevista da un illustre commentatore del nostro codice; il quale però l'ha presentata sotto un aspetto diverso. Dopo aver detto che il consiglio di famiglia, nell'autorizzare la riscossione di capitali del minore " può ingiungere dei modi, e *può nello " stesso tempo autorizzare il tutore a farne un nuovo impiego* „ egli domanda se l'*autorizzazione possa anche essere generale;* ed opina che *debba essere speciale*, argomentandolo dall'art. 291, in cui è espresso che il consiglio abbia a determinare il *modo dell'impiego*, ed avvisando che il consiglio *non possa delegare questa facoltà a lui personale* (1). In tutto ciò vi è bisogno, se non erriamo, di chiarire e distinguere meglio alcune idee. Della necessità che l'autorizzazione data dal consiglio di famiglia sia *speciale*, non si può dubitare a fronte della massima stabilita nell'art. 297, dove parlandosi in generale di tutti gli atti o contratti, pei quali l'articolo precedente richiede l'autorizzazione consigliare, è dichiarato che questa *non può essere data in genere, ma dev'essere speciale per ciascun atto o contratto.* Non basta dunque che il consiglio autorizzi in genere il tutore a riscuotere i capitali del minore, ma deve specificare quei singoli capitali alla cui riscossione lo abilita; non basta che deliberi di autorizzare il tutore a reimpiegare i capitali del minorenne od anche capitali determinati riscossi o da riscuotere, ma deve dichiarare in particolare quel determinato impiego che intende di approvare. Tutto ciò non ammette incertezza, poichè il testo della legge è esplicito, chiarissimo, assoluto; nè vi è bisogno di ricorrere ad argomenti di analogia tratti dall'art. 291. Ma il punto veramente disputabile è tutt'altro: e consiste nello stabilire se abbia da reputarsi valida l'autorizzazione data dal consiglio di famiglia al tutore per la riscossione d'un determinato

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 620, pag. 990.

capitale del minorenne, senzachè sia provveduto colla stessa deliberazione all'impiego, che debba farsi del capitale medesimo. E intorno a questo punto ci pare osservabile, innanzi tutto, che il testo indica come due distinti atti di autorizzazione del consiglio di famiglia quello per riscuotere i capitali del minore, e quello per regolare l'impiego dei capitali stessi. E veramente il primo di quegli atti può stare da sè, indipendentemente dal secondo. Certo, che nel maggior numero dei casi converrà che colla stessa deliberazione, con cui si autorizza il tutore a riscuotere un capitale, si stabilisca eziandio il reimpiego che debba farsene, acciocchè l'interesse del minore sia più sicuramente guarentito, e diremo di più, acciocchè la stessa autorizzazione a riscuotere raggiunga pienamente lo scopo pel quale è prescritta, giacchè i pericoli di dispersione della somma realizzata non sarebbero rimossi qualora non fosse anche provveduto al rinvestimento. Ma possono verificarsi circostanze speciali, che da una parte consiglino, od anche costringano a non ritardare l'esazione di ciò che al minore sia dovuto, e d'altra parte rendano opportuno di soprassedere ad un reimpiego, che fatto immediatamente potrebbe talvolta riuscire meno giovevole, o togliere i mezzi per provvedere a bisogni non ancora certi, ma previsti come probabili. Di queste circostanze dev'essere giudice, nella coscienza e prudenza sua, il consiglio di famiglia, secondo i principii fondamentali dell'ordinamento tutelare, e secondo il testo stesso, che chiama il consiglio a deliberare sull'autorizzazione, o non, della riscossione e del rinvestimento dei capitali. Alla lettera ed allo spirito della legge sarebbe dunque contrario il ritenere nulla la deliberazione, colla quale fosse stata autorizzata la riscossione d'un capitale, per ciò solo che non fosse stato contestualmente regolato il reimpiego di esso. Bensì, se ad amendue questi oggetti avesse provveduto il consiglio colla stessa deliberazione, il tutore tenuto ad eseguirla sarebbe responsabile se riscuotendo il capitale, mancasse poi, per sua colpa, di

reimpiegarlo nel modo ordinatogli. Non v'è bisogno di aggiungere, che qualora il consiglio, autorizzando la riscossione di un capitale del minore, stimasse opportuno di differire a stabilir l'impiego da farsene, potrebbe però intanto disporre i mezzi, che stimasse più convenienti, per la conservazione del capitale stesso; ordinandone, per esempio, il deposito in una cassa pubblica, od altrimenti; in ispecie quando fosse da prevedersi non brevissima la durata del motivo che consigliasse a sospendere la determinazione relativa al reimpiego.

252. Può darsi che di uno o più capitali, di cui abbia credito il minorenne, sia debitore il tutore stesso; nè ciò apporterebbe eccezione al disposto dell'articolo 296, quanto alla necessità che dal consiglio di famiglia debba essere data l'autorizzazione, tanto per la riscossione, quanto pel reimpiego. Nè il testo, per la generalità sua, nè i motivi della disposizione predetta comporterebbero una tale limitazione. Se il tutore si liberasse validamente versando nella cassa tutelare, col concorso anche del protutore, che glie ne rilasciasse quitanza, la somma da lui dovuta, la quale tuttavia rimanesse in sue mani nella qualità di amministratore dei beni del minorenne, senza che il consiglio avesse autorizzato il ricevimento di quella somma per conto del minore, nè quindi avesse potuto disporre intorno all'impiego da farsene, i pericoli, a cui rimarrebbe esposto l'interesse del tutelato, non sarebbero certamente minori di quando il pagamento fosse stato fatto da tutt'altro debitore.

Non ostante che dal consiglio di famiglia fosse stata autorizzata la riscossione d'un capitale dovuto dal tutore al suo amministrato, l'atto relativo però non potrebbe compiersi validamente, se non coll'intervento del protutore, che agisse pel minore e lo rappresentasse, a norma del disposto nell'art. 266 cod. civ. Il caso, infatti, è ben diverso da quello di cui ci occupammo altra volta, quando

supponevamo un debito del minore verso il tutore (1). Qui vi è la necessità che il minore venga rappresentato in un atto destinato ad avere effetti legali, quali son quelli della liberazione del debitore, dello scioglimento delle cauzioni, della cancellazione delle iscrizioni ipotecarie che guarentissero il credito; e poichè in tutto ciò vi è una manifesta opposizione d'interessi tra il tutore e il tutelato, è dunque indubitabile l'applicabilità del citato art. 266.

Quanto poi al reimpiego della somma versata dal tutore, se avesse a farsi per atto separato, secondo la deliberazione presa dal consiglio di famiglia, non vi sarebbe ostacolo a poter essere rappresentato il minore in questo altro atto dal tutore stesso, non riscontrandosi in ciò tra essi due alcuna opposizione d'interessi.

253. La sanzione naturale della disposizione di legge, che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia per la riscossione dei capitali del minore, consiste nella nullità dell'atto, con cui senza tale autorizzazione fosse stata operata la riscossione d'un capitale; nullità *relativa* al minore, e dipendente dalla incapacità del tutore a ricevere il pagamento (art. 1241 cod. civ.) poichè non vi era autorizzato dalla legge, se non a condizione che fossero osservate le formalità stabilite per tale atto dalla disposizione speciale dell'art. 296 (art. 1303, n. 3, cod. civ.).

La nullità del pagamento potrebbe essere opposta nell'interesse del minore da chi legittimamente lo rappresentasse, semprechè non fosse seguìto un atto valido di ratifica in nome del minore stesso, o non si provasse che di quel pagamento egli avesse profittato nel suo patrimonio (art. 1241, § 2, cod. civ.). Nè osterebbe che in rappresentanza del minore venisse opposta la nullità da quello stesso tutore, al quale fosse stato fatto il pagamento: chè se tale circostanza renderebbe costui personalmente respon-

(1) V. sopra, n. 248, pag. 1151-1153.

sabile della somma pagata in sue mani, verso colui dal quale l'avesse ricevuta, non potrebbe però pregiudicare al diritto del minore di opporre la nullità dell'atto, distinto essendo e risiedendo in persone giuridicamente diverse questo diritto e quell'obbligazione personale; sicchè non sarebbe caso di poter allegare il principio che niuno è ammesso a venir contro il fatto proprio, mentre il tutore, tenuto personalmente a rispondere della somma ricevuta, impugnerebbe la validità del pagamento in rappresentanza legale d'altra persona, cioè del minore.

Dall'essere opponibile nell'interesse del minore la nullità relativa della riscossione di capitali operata in nome di lui senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e conseguentemente la nullità eziandio degli atti corrispondenti di liberazione del debitore principale e dei fideiussori, di scioglimento de' pegni, e di cancellazione delle iscrizioni ipotecarie a garanzia del credito; ne deriva che debitore principale e fideiussori rimangono soggetti ad essere nuovamente richiesti in nome del minore e colle stesse garanzie reali, pel pagamento del debito, salvo il regresso personale contro il tutore, dal quale il primo pagamento sia stato ricevuto. Ma da ciò stesso nasce il diritto, pei debitori e pei fideiussori, di rifiutarsi a pagare in mani del tutore i capitali spettanti al minorenne, finchè non sia prodotta la prova dell'autorizzazione regolarmente ottenuta per riscuoterli. Se poi i debitori stessi volessero liberarsi, ne avrebbero il mezzo nell'offerta reale, che potrebbero fare al tutore sotto riserva della dimostrazione, a cui egli sarebbe tenuto, d'essere stato regolarmente autorizzato a riscuotere. Nè ciò verrebbe in opposizione al principio che l'offerta reale debba essere pura e semplice, e sia nulla, se condizionale; poichè non costituisce veramente una condizione, che all'offerente non sia lecito apporre, l'esigersi da lui ciò che è indispensabile per la validità del pagamento che intende di eseguire, per la liberazione sua e dei fideiussori, per lo scioglimento delle guarentie reali del debito. E

qualora il tutore, nel luogo e nel tempo indicati nella intimazione, che precedentemente dovrebb'essergli fatta a norma di legge, non comparisse munito dell'autorizzazione necessaria per riscuotere, si farebbe luogo al deposito della somma offerta, mediante il quale i debitori rimarrebbero liberati (art. 1259 cod. civ.).

Così i principii generali provvederebbero, a nostro modo di vedere, abbastanza; non ostante che non sia stata riprodotta nel codice attuale una disposizione simile a quella dell'art. 337, § 2, del codice Albertino, il quale, dopo avere stabilito che il tutore non potesse, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, riscuotere i capitali spettanti al minore, qualora questa facoltà gli fosse stata interdetta nell'atto di sua nomina, o per deliberazione posteriore del consiglio stesso notificata ai debitori, soggiungeva che: " Nei casi suddetti non saranno i debitori validamente " liberati pagando i capitali nelle mani del tutore, ma *potranno essi ricorrere al tribunale del domicilio del minore, " per essere autorizzati a farne il deposito, qualora nel breve " termine che sarà stabilito dal tribunale il tutore non presenti l'autorizzazione del consiglio di famiglia a riscuoterli* ".

Quando la disposizione di legge, che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè possa procedersi a riscuotere i capitali del minore, sia stata adempita, i debitori e i loro fideiussori trovansi rimpetto al tutore nelle identiche condizioni in cui sarebbero a fronte d'un creditore pienamente capace. Essi dunque non possono esigere più che la prova autentica di quell'autorizzazione, da unirsi all'atto con cui sarà fatto constare del pagamento; e data una tale prova, non possono rifiutarsi di eseguirlo sotto qualunque pretesto di pericolo che potesse esservi per la conservazione del capitale a cagione di insolvibilità del tutore, o di altro. Nè questa massima potrebbe soffrire difficoltà nel caso che il consiglio di famiglia nella sua deliberazione avesse autorizzato puramente e semplicemente il tutore a riscuotere il capitale, quantunque in altra

deliberazione separata avesse poi ordinato un nuovo impiego che dovesse farsi del capitale stesso.

Non è, infatti, ufficio del debitore il vegliare affinchè il reimpiego del capitale da lui dovuto al minore si faccia nel modo stabilito dal consiglio di famiglia; e l'inosservanza della deliberazione di esso in questa parte impegnerebbe la responsabilità del tutore, potrebbe anche, come vedremo innanzi, rendere annullabile in pregiudizio dell'altro contraente l'impiego che il tutore avesse fatto con lui in modo diverso; ma non potrebbe apportare mai veruna responsabilità a carico del debitore, che avesse pagato nelle mani del tutore legittimamente autorizzato a riscuotere.

Qualche dubbio potrebbe sorgere però nell'altro caso, in cui, colla stessa deliberazione, nella quale autorizzava il tutore a riscuotere un capitale del minore, il consiglio di famiglia avesse pure determinato il reimpiego che dovesse farsene. Tuttavia, per le stesse ragioni esposte superiormente, non è ammissibile che il debitore possa mai legittimamente rifiutarsi a soddisfare il debito proprio, sotto pretesto di un sindacato nelle operazioni della tutela e di una difesa della retta osservanza delle deliberazioni del consiglio di famiglia, che non sono uffici spettanti a lui. Allora solo sarebbe giustificato un tale rifiuto, quando il debitore potesse allegare, che non altrimenti fosse stato autorizzato il tutore a riscuotere il capitale, che sotto la condizione di reimpiegarlo nel modo stabilito dal consiglio di famiglia; poichè in tal caso, finchè codesta condizione rimanesse inadempita, il tutore mancherebbe della necessaria capacità a ricevere il pagamento. Ora, non basta che dal medesimo processo verbale risultino ambedue le deliberazioni, coll'una delle quali il consiglio di famiglia abbia autorizzato il tutore a riscuotere un capitale, coll'altra abbia prescritto il nuovo impiego da farsene; poichè, ciò nonostante, può essere stata intenzione del consiglio di tenere distinta l'una cosa dall'altra, e non fare del prescritto reimpiego una condizione indispensabile per la

validità della riscossione. Ciò anzi sembrerebbe da presumersi, qualvolta il consiglio non avesse espressamente disposto che con un medesimo atto dovesse farsi ad un tempo la riscossione e il reimpiego. Ad ogni modo, secondo che pare a noi, tutto dovrebbe dipendere dai termini della deliberazione del consiglio e da una retta interpretazione di essa; e solamente quando ne risultasse chiaramente che l'autorizzazione ad esigere fosse stata subordinata alla condizione di quel determinato reimpiego, il debitore potrebbe rifiutarsi al pagamento finchè l'adempimento di tale condizione non fosse assicurato.

254. Vi sono atti, intorno ai quali può essere disputabile se abbiano così evidente ed intima analogia con quello di riscossione dei capitali del minore, da dovervi essere pareggiati relativamente alla necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia. Veramente per alcuni di tali atti potrebbero anche addursi argomenti di analogia con altri di quelli che sono enumerati nell'art. 296. Ma preferiamo di riunirne qui la trattazione, perchè tutti gli atti di cui ora parleremo riguardano i crediti che possono appartenere ai minori soggetti a tutela.

Può domandarsi, in primo luogo, se al tutore non autorizzato sia lecito concedere al debitore del minorenne una remissione totale o parziale del debito. Ma questo è un quesito appena proponibile, e tosto risolto, essendo troppo chiaro che l'atto gratuito di condonazione, ben lungi di poter essere in libera facoltà del tutore, è anzi tra quelli che non potrebbero farsi neppure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma sono assolutamente vietati nella gestione tutelare, perchè ogni liberalità suppone la determinazione e la manifestazione diretta della volontà personale di chi sia capace, nè può ammettersi come atto di amministrazione de' beni altrui.

Un dubbio di qualche maggiore rilevanza riguarderebbe il potersi, o no, dal tutore non autorizzato rinunziare a

qualche guarentia personale, o reale, che assicurasse un credito pel tutelato; liberare fideiussori, sciogliere pegni, consentire a cancellazione d'iscrizioni ipotecarie. Qui certamente non si tratta di un atto che sia assolutamente proibito nella tutela, giacchè non si spoglia gratuitamente il minore d'alcuna parte della sua sostanza; e come può essere, che indipendentemente dalle guarentie personali o reali, a cui si rinunzi, il credito sia abbastanza sicuro sulla sola fede personale del debitore, così possono esservi ragioni speciali, che, anche attenendosi alle norme d'una savia amministrazione esercitata da buon padre di famiglia, consiglino a concedere lo scioglimento delle predette guarentie. Nondimeno non sembra ammissibile in ogni caso, che un simile atto possa ritenersi spettante alla libera facoltà del tutore. Esso non è annoverato espressamente, è vero, tra quelli pei quali l'art. 296 richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma se questo articolo impone tale formalità per la stessa riscossione dei crediti capitali del minore, a quanto maggior ragione è da ritenerla necessaria per una rinunzia di guarentigia, che potrebbe più tardi per mutabilità di circostanze rendere inesigibile il credito! Non è solo un argomento di analogia, ma *a fortiori*, che deve far ritenere indispensabile anche qui l'autorizzazione del consiglio. Potrà essere che l'amplissima solvibilità del debitore e la prossima scadenza del credito non lascino luogo a temere ragionevolmente di tali pericoli; ma è bene che su tutto ciò porti il suo giudizio il consiglio, e il ritenere libero il tutore nell'abbandonare le guarentie d'un credito, che neppure gli sarebbe lecito riscuotere senza l'autorizzazione, è indurre nella legge una inconseguenza manifesta. Oltre a ciò il nostro art. 296 vieta al tutore non autorizzato dal consiglio qualunque alienazione di beni anche mobili, senza distinguere se corporali o incorporali; ed è pure alienazione di un bene incorporale, di un diritto, quantunque accessorio, il rinunziare alle guarentie d'un credito: rinunzia che potrebbe anche talvolta

trar seco indirettamente la perdita del credito stesso. In fine il nostro codice, nell'art. 2035, contiene una disposizione che risolve espressamente il dubbio relativamente alla rinunzia dell'ipoteca, che assicuri un credito di persona soggetta a tutela, e porge con ciò un argomento irrefutabile della più intima analogia in ordine anche ad altre guarentie, reali o personali che siano. Quell'articolo dice infatti che “ il tutore non può consentire alla cancellazione “ dell'iscrizione ipotecaria relativa al credito, se questo non “ viene soddisfatto „. Per qual ragione potrebbe mai ammettersi che, senza che il credito venisse soddisfatto, e senza alcuna autorizzazione del consiglio di famiglia, avesse invece il tutore facoltà indipendente di liberare fideiussori, di sciogliere e restituire pegni, di rinunziare a diritti di anticresi, od a privilegi?

Si è domandato, in terzo luogo: se il tutore possa, indipendentemente da autorizzazione, concedere ai debitori del minorenne proroghe di termini per la restituzione di capitali. E un nostro scrittore, seguendo l'insegnamento di qualche autore francese, contraddetto però da altri (1), ha opinato per l'affermativa.

“ La legge, egli ha detto, non ammette la facoltà della “ riscossione; ma non facendo parola *della proroga*, è un “ fatto che vuol ritenersi nelle facoltà del tutore. Egli ne “ ha la personale responsabilità, se il differimento riesce a “ danno. Il debitore, contro il quale si facessero istanze per “ annullare questo atto del tutore e costringerlo all'imme- “ diato pagamento, vi risponderà con ragione, che gli si “ additi la legge che lo proibisce; ma voi non saprete “ trovarla „ (2).

Quanto alla dottrina francese, è già notevole il trovarla dissidente su questo punto, nonostante che quella legislazione lasciasse libero il tutore in ordine alla riscossione ed

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 667; De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. I, n. 263.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 620, pag. 991.

all'impiego dei capitali; ond'era tanto più facile il pensare che il tutore, non soggetto all'autorità del consiglio di famiglia per ciò che riguarda tali atti, potesse anche da solo concedere una proroga. E l'argomento unico, addotto da chi sosteneva in ciò la piena libertà del tutore, consisteva infatti nel dire " che il tutore potrebbe, riscuotendo " il capitale, impiegarlo di nuovo nelle mani del medesimo " debitore, e in realtà non faceva che questo, o piuttosto " faceva anche meno, limitandosi a prorogare il termine " del rimborso „.

Il codice nostro, invece, non permette al tutore di potere, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, riscuotere i capitali del minore, nè farne impiego. È vero che non riscuote di fatto un capitale chi proroga il termine per restituirlo; ma è vero altrettanto che questa concessione equivale completamente negli effetti ad un reimpiego del capitale. E sarebbe molto strano, che mentre il tutore non potrebbe da solo esigere il capitale dovuto da Tizio, e mutuarlo, per esempio, all'interesse del 5 per cento e per tre anni a Cajo, potesse invece convenire validamente con Tizio che ritenesse quel capitale pel medesimo tempo ed alle stesse condizioni. Sarebbe questa una differenza non giustificabile con alcuna buona ragione, e che comprometterebbe evidentemente ed essenzialmente quegli interessi del minore, che la nostra legge intese a proteggere sottoponendo alla autorizzazione del consiglio di famiglia gli atti di riscossione e d'impiego dei capitali. Sarebbe un'opinione appena sostenibile qualora la disposizione dell'art. 296 dovesse riguardarsi come assolutamente e rigorosamente tassativa. Non può esserlo nella interpretazione, che parve a noi preferibile, e secondo la quale dovrebbe ammettersi che quella disposizione sia da applicarsi anche ad alcuni atti, i quali sebbene non compresi materialmente nella letterale enumerazione che vi è fatta, hanno però con quelli che vi sono indicati così evidente ed intima analogia, da non potersi ritenere spettanti alla libera facoltà

del tutore senza indurre la legge stessa in una flagrante contraddizione.

Si è chiesto ancora se sia lecito al tutore di consentire novazione sopra un credito in somma capitale del minorenne, senza bisogno di chiederne autorizzazione dal consiglio di famiglia. E intorno a ciò si trova una grande discordia di opinioni tra gli autori francesi. Alcuni professano spettare liberamente al tutore quella facoltà, per la ragione che siccome, a tenore del codice francese, egli poteva senza alcuna autorizzazione esigere capitali e farne impiego, così potesse pure, liberando un antico debitore del minorenne, accettarne un nuovo, od anche accettare da quel primo debitore una nuova obbligazione in luogo dell'antica, che rimanesse estinta (1). Altri, all'opposto, sostenevano che la novazione contenendo una disposizione del credito che si estingue, eccedesse perciò i poteri del tutore, il quale da solo non poteva disporre dei beni del tutelato, e nemmeno, dicevano, dei diritti mobiliari di lui (2). Altri infine adottavano una distinzione; negando al tutore la facoltà di consentire novazione d'una obbligazione guarentita da ipoteca o da fideiussione, eccettochè si facesse espressa riserva della ipoteca, o il fideiussore accedesse alla nuova obbligazione; ma ammettendo che potesse, sotto la propria responsabilità personale, fare novazioni sopra un credito semplicemente chirografario del minore (3).

Questa stessa esposizione delle varie dottrine professate in diritto francese ci sembra sufficiente a dimostrare come la seconda delle riferite opinioni sia la sola ammissibile giusta il codice nostro; il quale coll'introdurre

(1) V. Duranton, t. XII, n. 279; Larombière, *Théorie et prat. des obl.*, t. III, art. 1272, n. 4; De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. I, n. 264, 5; Demolombe, t. VII, n. 668; t. XXVIII, n. 265.

(2) V. Magnin, *Traité des minorités, tut. et curat.*, t. II, n. 1095; Laurent, t. XVIII, n. 256, pag. 274.

(3) V. Aubry et Rau, t. IV, § 324, 3, n. 20, 21.

la innovazione di richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia anche per la riscossione ed il reimpiego dei capitali del minore, ha distrutta l'unica base su cui fosse possibile fondare la massima che il tutore potesse, indipendentemente da ogni autorizzazione, convenire novazioni sui crediti del minore.

Due condizioni si richiedono, infatti, acciocchè nella persona del creditore, o di chi lo rappresenta, vi sia capacità di consentire ad una novazione: che egli possa rinunziare al credito antico, e che possa accettare in sostituzione di quello il credito nuovo. Ora, secondo la nostra legge, il tutore, non autorizzato, al quale sarebbe proibito di *riscuotere i capitali* del minore, molto meno può *rinunziarvi*, ancorchè non lo faccia puramente e semplicemente, ma in corrispettivo d'un nuovo credito che stipuli; nè questo nuovo credito può acquistare, come non gli è lecito fare impiego dei capitali del minore, senza esservi autorizzato dal consiglio. Ma vi è di più. Rinunziare al credito antico, che rimarrebbe estinto per la novazione, equivale ad alienarlo. Ora, il codice Italiano vieta al tutore di potere, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *alienare beni immobili* o *mobili*, comprendendo quindi in quest'ultima espressione tutto ciò che viene reputato mobile, secondo gli art. 416, 420 (art. 421 cod. civ.) e quindi anche i *mobili per determinazione della legge*, i diritti, le obbligazioni e le azioni che abbiano per oggetto somme di denaro od effetti mobili; e ciò a differenza del codice Francese, che limitavasi a prescrivere l'autorizzazione per l'alienazione dei *beni immobili* del minore, ma pareva, quanto almeno al testo, che lasciasse al tutore facoltà di trasmettere ad altri, senza bisogno d'alcuna formalità speciale, i *diritti mobiliari* del minore stesso. Ed ancora, per acquistare il nuovo credito, che mediante la novazione si sostituirebbe all'antico, il tutore abbisognerebbe di essere autorizzato dal consiglio di famiglia; poichè tale formalità gli è

prescritta dal nostro art. 296 anche per *fare acquisto di beni immobili o mobili*, senza distinguere tra beni mobili per natura *o per determinazione della legge*. Anche sotto questi aspetti si conferma dunque la necessità indiscutibile, sotto il codice Italiano, dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, affinchè il tutore possa in nome del tutelato consentire novazioni. A questa opinione abbiamo appoggio in un'autorità rispettabile quantunque fondata sovra considerazioni diverse, che ci sembrarono meno esatte (1).

Ciò che l'art. 296 dispone in ordine alla riscossione dei capitali del minore, richiama pure, per una certa attinenza, ad esaminare l'altro quesito: se il tutore possa, o no, indipendentemente da autorizzazione del consiglio di famiglia, procedere alla liquidazione ed approvazione dei conti, nei quali il tutelato abbia interesse. In questo argomento troviamo fra gli autori francesi un'opinione assoluta, che annovera senz'altro, tra gli *atti che il tutore può fare senza autorizzazione e senza formalità speciali, il procedere al regolamento dei conti, nei quali il pupillo sia interessato* (2); e un'altra opinione limitata, che ammette bensì la massima sopraddetta, fondata sul principio che *il regolamento di un conto è un atto d'amministrazione ordinaria;* ma eccettua il caso in cui tale atto *contenga il riconoscimento d'un debito a carico del minore*, perchè con ciò il tutore verrebbe a disporre indirettamente dei beni del tutelato (3).

Per quanto riguarda il diritto nostro, neppure a noi sembra accettabile la prima di quelle teorie, così assoluta com'è. E crediamo necessaria qualche distinzione; diversa però da quella che è suggerita dalla seconda delle preaccennate dottrine.

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 620, in f., pag. 991.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, 5, n. 32.
(3) V. Laurent, t. V, n. 54.

Che la liquidazione ed approvazione definitiva di un conto abbia a considerarsi come atto di semplice amministrazione ordinaria, non lo crediamo ammissibile, se non avendo riguardo all'oggetto speciale del rendiconto medesimo e della gestione cui esso concerne. Se trattasi di sole rendite, per esempio di un conto di mezzadria, o dell'amministrazione esercitata durante la tutela da un partecipante alla comunione di beni, dei quali anche al minore appartenga una quota, siamo indubbiamente nei limiti della semplice amministrazione. Il tutore, a cui solo spettava di procurare e percepire le rendite, non può abbisognare di autorizzazione per appurare, sotto la propria responsabilità, i conti resi da chi ha percetto, durante la tutela, una parte dei redditi spettanti al minore; e può rilasciare a chi rende il conto un atto valido di liberazione, che dovrà essere rispettato anche dalla parte del tutelato, salvo sempre il regresso di lui contro il tutore, se non abbia agito colla prudenza e diligenza che si conveniva ad un buon padre di famiglia. Ma se invece il conto riguarda una parte di sostanza patrimoniale, se, per esempio, è dato dall'esecutore testamentario di una eredità, nella quale anche il minore era interessato, o da un socio amministratore d'uno stabilimento industriale o commerciale, di cui anche al minore spettava una parte, l'approvare definitivamente quel conto non può più riguardarsi come atto di amministrazione semplice, perchè può portare una diminuzione effettiva di patrimonio, una disposizione indiretta di parte della sostanza capitale del tutelato. Nè allora ci sembra potersi distinguere sul risultamento finale del conto reso; e limitare la incapacità del tutore per approvarlo definitivamente, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, al solo caso che ne risulti un debito a carico del minore. Certamente, in questa ipotesi è anche più evidente che il tutore approvando quel conto verrebbe a disporre indirettamente dei beni del tutelato, poichè il riconoscimento di quel

debito vincolerebbe pel soddisfacimento di esso i beni tutti di lui. Ma non vi è forse una disposizione indiretta anche nella liquidazione del conto che porti un residuo a credito del minore? Non si viene con ciò a riconoscere che a quella sola somma determinata si restringe il credito, ed a rinunziare a qualunque maggiore pretensione? Se più tardi il minore stesso divenuto maggiore, o chi legittimamente lo rappresentasse, chiedesse la revisione di quel conto, e gli si potesse opporre invincibilmente l'approvazione definitiva datane dal tutore non autorizzato, è evidente che il maggior credito, che realmente spettasse al minore, sarebbe perduto in forza di una rinunzia, d'una remissione fattane dal tutore stesso. Così egli avrebbe disposto validamente d'una parte della sostanza capitale del tutelato, non ostante la proibizione, fattagli dall'articolo 296, di qualunque alienazione, anche di diritti mobiliari; egli avrebbe obbligato il suo amministrato con una confessione emessa in un caso e sopra un oggetto, che non era nelle libere sue attribuzioni, il che verrebbe contro il disposto dell'articolo 1361 cod. civ. (1).

Nè poi, pel caso che il risultamento finale del conto portasse un debito a carico del tutelato, gioverebbe l'opporre che tra gli atti di amministrazione ordinaria, compresi nella facoltà libera del tutore, vi è anche il pagamento dei debiti, e che il poter pagare un debito implica necessariamente il diritto di riconoscerne la legittimità. Tutto questo è vero, come egregiamente osserva il Laurent, purchè si tratti d'un debito liquido e certo, od almeno ritenuto tale dal tutore, il quale sotto la sua responsabilità personale ne eseguisca il pagamento (2). Altro è però quando invece si tratti di un debito non ancora accertato, e del quale sia da farsi la liquidazione. Allora il convenire su questo, riconoscendo il debito e rinun-

(1) V. sopra, n. 216, pag. 1003.
(2) V. sopra, n. 248, pag. 1136-1139.

ziando a qualunque contestazione, che potesse farsi in proposito, non è certamente da considerarsi come un atto di semplice amministrazione, che il tutore possa fare da solo. E se non ha da essere inevitabile una contestazione giudiziale, di cui non apparisca fondamento sufficiente, deve però almeno esserne sottoposto l'apprezzamento all'autorità del consiglio di famiglia, al quale spetta di pronunciarsi su tutto ciò che concerna alienazione di beni o di diritti, come appunto si fa indirettamente con l'approvare un rendiconto riconoscendo il debito che ne risulta.

Dopo quanto abbiamo detto, possiamo ancora trovarne conferma nella disposizione espressa dell'art. 306 del nostro codice; dove contemplandosi il caso di cambiamento di tutore, e dopo aver detto che il conto dell'amministrazione di quello che cessa dev'essere reso a quello che succede nella tutela, ed in presenza del protutore, si soggiunge:

" *Il rendimento del conto non sarà però definitivo, salvo*
" *che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia* ".

È questa una eccezione, che il legislatore abbia voluto fare ai principii generali di diritto, o non è piuttosto che una semplice applicazione di essi? Noi stiamo fermamente per quest'ultima idea. Nè troviamo difficoltà a spiegarci il motivo per cui si sia stimato opportuno di fare quest'applicazione di un principio generale con una disposizione espressa.

Essendo il fine dell'amministrazione tutelare, che il tutore, il quale allora si trovi in officio, deve rendere al tutelato uscito di minore età un conto generale e completo di tutta la gestione, del quale conto dev'essere soltanto uno degli elementi quello parziale, che dev'essere stato dato a lui da chi precedentemente abbia esercitate le stesse funzioni; poteva quindi nascere il dubbio, che a liberare definitivamente il tutore primo, bastasse l'approvazione del suo conto accordatagli da colui che gli

fosse successo, salvo la responsabilità di quest'ultimo per tutta la gestione verso il tutelato; non ostante che veramente ciascuna delle gestioni, che siano state esercitate successivamente da più tutori in una stessa tutela, debba considerarsi come distinta e indipendente dall'altra.

Era dunque importante, nell'interesse dei minori, il risolvere espressamente una tale questione; e fu fatto dichiarando che il tutore precedente, od i suoi eredi, non saranno validamente liberati a fronte del minore, se non quando il conto della gestione reso al nuovo tutore sia stato anche approvato dal consiglio di famiglia.

Ma ben lungi dal potersi considerar questa come una eccezione ai principii generali, non vi sarebbe anzi ragione che la giustificasse come tale; poichè, se il tutore potesse in generale validamente liberare rimpetto al minore chiunque avesse esercitata una qualsiasi amministrazione di beni del minore stesso, approvandone definitivamente il rendiconto senza bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, non si vedrebbe motivo perchè non dovesse essere altrettanto del conto reso da un precedente tutore.

Ci sembra pertanto che la disposizione espressa dell'art. 306 torni a conferma della massima generale, che la liquidazione ed approvazione definitiva dei conti, nei quali sia interessato il minore, non possa aver luogo, se non mediante l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

255. 2) Anche in ordine all'*impiego dei capitali*, il codice italiano arrecò un'importante ed utile innovazione in confronto delle legislazioni anteriori.

Pel diritto romano non era dubbio dapprima che spettasse al tutore l'ufficio obbligatorio di provvedere all'impiego del denaro del pupillo, sia nell'acquisto di beni stabili, sia in mutui ad interesse; chè anzi gli era prefisso a ciò un termine di sei mesi dal principio della tutela, e di due mesi per le riscossioni che avesse fatte

o dovuto fare nel corso di essa, trascorso il quale termine senza aver collocato il denaro del pupillo, il tutore stesso diveniva responsabile delle usure (L. 3, §§ 2, 5, 7, § 3, § 11, 15 ff., Dig., *de admin. et peric. tut. et cur.;* L. 24, *eod. tit.*): e fu solo con una Costituzione di Giustiniano che venne mitigato il rigore di queste disposizioni, lasciando però sempre ai tutori la facoltà di mutuare il denaro dei pupilli, con che però a carico dei tutori stessi ne rimanesse il pericolo (Nov. 72, Cap. VI).

Il codice Francese non aveva disposizione espressa, che sottomettesse all'autorità del consiglio di famiglia l'impiego dei capitali riscossi nell'interesse del minore. E ciò dava luogo a qualche discordia tra gli interpreti. Alcuni dei quali opinavano che, nel silenzio di quel codice, sebbene, in mancanza di deliberazioni, che il consiglio di famiglia avrebbe potuto prendere, il tutore trovasse nel suo diritto di amministrazione i poteri necessari per provvedere esso all'impiego dei capitali del minore, tuttavia fosse conforme allo spirito della legge che il consiglio fosse richiesto di deliberare intorno a ciò; e omettendo di provocarne le determinazioni, il tutore si esponesse a vedere giudicata con maggior rigore la sua responsabilità circa l'impiego che avesse fatto (1): mentre altri professavano nettamente e decisamente la massima, che il tutore avesse qualità per poter fare da solo l'impiego dei capitali del minore come lo reputasse conveniente, e se poteva essere prudente il chiedere l'avviso del consiglio di famiglia, il non averlo fatto non potesse però aumentare la responsabilità del tutore oltre ai limiti fissati dalle norme ordinarie (2).

Il codice pel regno delle Due Sicilie non aveva in questa

(1) V. Toullier, t. II, n. 1221; Taulier, t. I, pag. 65; Marcadé, art. 456, III, t. II, n. 258.

(2) Duranton, t. III, n. 570; De-Fréminville, *Traité de la min. et de la tut.*, t. I, n. 267; Zachariae, t. I, § III; Demolombe, t. VII, n. 670; Aubry et Rau, t. I, § 113, 5, n. 64; Laurent, t. V, n. 59.

parte disposizioni diverse da quelle del codice Francese, e quindi lasciava luogo ai medesimi dubbi.

I codici Parmense ed Estense dichiarando il tutore *tenuto a nuovamente investire le somme capitali* che avesse riscosse, salvochè non ne fosse dispensato dal giudice (art. 257 c. P., 290 c. E.) non lo sottoponevano però a veruna autorizzazione in riguardo a tale rinvestimento.

Il codice Albertino, quantunque avesse fatto luogo ad una limitazione delle facoltà del tutore relativamente alla riscossione dei capitali, permettendo nell'art. 337 al consiglio di famiglia di potere, sia nell'atto stesso di nomina del tutore, sia con una deliberazione posteriore, interdirgli quella riscossione, se non vi fosse prima autorizzato, nulla di simile disponeva però circa il reimpiego dei capitali stessi.

Solo la legge Toscana sopra citata (art. 55) ordinava ai tutori e curatori di " impiegare *con l'approvazione del* " *giudice* in modo cauto e sicuro ogni somma di denaro " non necessaria alle occorrenze ordinarie e straordinarie " della loro amministrazione „ e il codice Austriaco nel § 235 stabiliva: " Nel caso che debba essere restituito " un capitale, il tutore deve procurarne un vantaggioso " reimpiego, *ma non può effettivamente impiegarlo senza l'ap-* " *provazione del giudice* „. Salvo la differenza dell'autorità del consiglio di famiglia sostituita a quella del giudice, è la stessa massima che fu adottata nel codice Italiano. E veramente in esso, più che nelle legislazioni che lo avevano preceduto, era necessario vincolare ad una formalità abilitante questo atto dell'impiego dei capitali del minore, acciocchè si realizzasse il proposto intento di ridurre al minimo possibile la responsabilità dei tutori; mentre sarebbe grandissima quella che incontrerebbero, se provvedessero da soli all'impiego dei capitali, i quali nell'importanza sempre crescente, che va assumendo la ricchezza mobiliare, possono bene spesso costituire la parte principale della sostanza amministrata. D'altra

parte non era da trascurarsi la riflessione, a cui accennammo già in altro luogo, che, cioè, a nulla gioverebbe l'avere imposta l'autorizzazione del consiglio di famiglia per poter riscuotere i capitali del tutelato, se la stessa formalità non si fosse richiesta eziandio per poterli impiegare, giacchè l'omissione del reimpiego, od anche un rinvestimento mal fatto potrebbe produrre quei medesimi danni di dispersione della sostanza pupillare, per evitare i quali si volle che fosse autorizzata la riscossione.

Già ci occupammo di determinare che cosa debba intendersi nell'art. 296 per *capitali* di cui la riscossione e l'impiego sono sottoposti per legge all'autorizzazione del consiglio di famiglia; e siamo venuti alla conclusione che debbansi considerare come *capitali* tutte le somme di denaro che siano dovute al minore per qualunque titolo non riguardante a rendite verificatesi nel corso della gestione tutelare (1), rispetto all'impiego delle quali è provvisto da altra disposizione, da quella cioè dell'art. 291, di cui parlammo in altro luogo (2). Però, per completare la interpretazione del nostro articolo in questa parte e precisare l'estensione della sua applicabilità, ci occorre ancora di stabilire esattamente che cosa vi si intenda per *impiego* dei capitali stessi.

Il significato proprio della parola, trattandosi di danaro, si restringerebbe veramente al collocamento di esso ad interesse, od all'investirlo in altro modo che lo rendesse fruttifero; e tale infatti è l'applicazione più comune che questa legge deve avere: ma non la crediamo esclusiva. Crediamo anzi che a maggior ragione, quando si trattasse di dare ai capitali del minore riscossi una destinazione diversa da quella diretta a conservarli o renderli fruttiferi, sarebbe indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Non divengono infatti allora più gravi

(1) V. sopra, n. 250, pag. 1173 e seguenti.
(2) V. sopra, n. 205, pag. 931 e seguenti.

i pericoli di danno per la sostanza del minore? E non sarebbe quindi contraddittorio il sottrarre appunto per tali casi il tutore da quell'autorità del consiglio di famiglia, a cui la legge lo assoggettò per l'impiego dei capitali, nell'intendimento di guarentire il minore da tali pericoli? Così reputiamo necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè il tutore possa convertire i capitali del minore, che abbia riscossi, nel fare eseguire nuove costruzioni, od altri miglioramenti, od anche riparazioni straordinarie negli stabili amministrati; tanto più poi se il consiglio abbia già deliberato un altro modo d'impiego di quei capitali (1). Così pure crederemmo necessaria la stessa autorizzazione nei casi che il tutore volesse adoperare il denaro riscosso pei capitali del minore nell'esercitare diritti di riscatto stipulati in contratti di vendita fatti dagli autori del minore stesso (art. 1515 cod. civ.) o facoltà di retratto verso i cessionari di diritti litigiosi contro di lui (art. 1546 cod. civ.). Su questi punti, del resto, avremo a ritornare parlando dell'acquisto di beni immobili o mobili, che l'art. 296 vieta pure al tutore, se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia.

Ogni collocamento di capitali del minore, qualunque fosse la destinazione che se ne volesse stabilire, richiederebbe dunque generalmente, secondo l'opinione nostra, l'autorizzazione del consiglio di famiglia, perchè cadrebbe sempre, giusta l'intenzione del legislatore, nella locuzione d'*impiego dei capitali*.

Una sola eccezione dovrebbe farsi, pel caso che i capitali riscossi venissero adoperati ad *estinguere debiti del minore:* giacchè essendo questo un *atto necessario* di semplice amministrazione, appartenente quindi per natura sua al potere libero del tutore, senzachè la legge abbia fatta per esso una espressa eccezione sottoponendolo a qualche forma abilitante, il tutore stesso può quindi compierlo,

(1) V. sopra, n. 236, pag. 1080, 1082; n. 239, pag. 1093-1095.

indipendentemente dall'autorizzazione del consiglio, con tutti i mezzi che sono in sue mani; salvochè il consiglio di famiglia avesse già determinato un diverso modo di impiego d'un capitale, nel qual caso essendo il tutore obbligato ad eseguire tale deliberazione, non gli sarebbe lecito dare al capitale una destinazione diversa, fosse pure per estinguere debiti del minore, senz'aver prima ottenuto che il consiglio revocasse la deliberazione stessa (1).

La forma di espressione usata nell'articolo 296 lascia ancora un altro dubbio. Essendovi detto che *il tutore non può fare impiego dei capitali del minore senza l'autorizzazione del consiglio*, parrebbe che fosse in proposito indispensabile la proposta del tutore, e la facoltà del consiglio si riducesse unicamente a poter concedere o negare l'autorizzazione che quegli avesse chiesta. Nondimeno una tale restrizione non sarebbe conciliabile con lo spirito della legge. Essa volle assicurare in favore del minore il migliore impiego possibile dei capitali spettanti a lui, facendo intervenire in codesti atti l'autorità del consiglio di famiglia; e tale autorità diverrebbe impotente, se il farsi dal tutore proposte non approvabili dovesse avere per conseguenza di non far luogo a nessun impiego, e lasciare intanto oziosi i capitali: con questo di più, che niuno avrebbe verso il minore la responsabilità del danno, neppure il tutore, a meno di provare che nelle proposte da lui presentate vi fosse dolo o colpa. Il consiglio deve dunque avere anche la facoltà di ordinare di iniziativa propria quell'impiego dei capitali del minore, che reputi più conveniente, sia supplendo così alla mancanza di proposte dalla parte del tutore, sia respingendo quelle che egli avesse fatte.

Quando il tutore sia stato regolarmente autorizzato ad impiegare i capitali del minore e purchè non lo faccia in modo diverso da quello che il consiglio abbia determinato,

(1) V. sopra, n. 248, pag. 1137-1139.

spetta al tutore medesimo l'eseguire l'impiego. E non essendo questo assoggettato dalla legge a veruna condizione o forma estrinseca speciale, salva sempre anche in ciò l'osservanza di quelle condizioni o forme che il consiglio nell'ampiezza dei poteri suoi avesse reputato opportuno di prescrivere, il tutore potrebbe a suo prudente criterio, e sotto la propria responsabilità, fare l'impiego mediante atto autentico, o mediante scrittura privata, con quelle guarentie personali o reali che credesse necessarie o convenienti nell'interesse dell'amministrato, prescindendo anche da qualunque cauzione, qualora le circostanze fossero tali da non esservi in ciò alcuna imprudenza. Nè la responsabilità del tutore per quei suoi atti diverrebbe effettiva, se non quando concorressero al tempo dell'impiego circostanze tali, che non avrebbe agito in quel modo un buon padre di famiglia.

256. Se l'impiego dei capitali sia stato fatto dal tutore coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, secondo la prescrizione della legge, tale atto vincola il minore, non altrimenti che se fosse stato compiuto da lui stesso, che si trovasse in istato di perfetta capacità. Nè il minore uscito di tutela potrebbe quindi pretendere, nella liquidazione del rendiconto finale, di porre la somma capitale a debito del tutore, lasciando a conto di lui l'impiego che ne avesse fatto; nè potrebbe pretendere da colui, presso il quale la somma fosse stata impiegata, la restituzione immediata di essa; ma dovrebbe rispettare i termini e le condizioni tutte che fossero state apposte al contratto conchiuso nella debita forma abilitante, per quanto ciò gli riuscisse gravoso. Nondimeno non è a ritenersi per questo che il tutore operando in tali atti sotto l'egida dell'autorizzazione del consiglio debba sempre ed assolutamente reputarsi esente da qualunque responsabilità verso il minore. Possono verificarsi casi in cui egli incorra realmente una tale responsabilità, la quale però si concreterebbe

sempre nel risarcimento dei danni che egli dovrebbe al minore, non nella nullità dell'atto di impiego. Pongasi, per esempio, che nell'intervallo tra l'autorizzazione e l'effettuazione dell'impiego le circostanze fossero cambiate in tal modo, che l'impiego, il quale poteva reputarsi utile e sicuro allorchè il consiglio lo approvava, fosse divenuto dopo dannoso o pericoloso; ovvero che il tutore per avvantaggiare un terzo, a cui fosse benevolo, avesse tradito l'interesse del minore proponendo e facendo con arte apparire conveniente al consiglio un impiego che realmente fosse di danno. In questi, e simili casi, il tutore che in luogo di agire da buon padre di famiglia avrebbe pregiudicato l'interesse del suo amministrato, o che avrebbe mancato al dover suo di promuovere dal consiglio la revoca della deliberazione presa per un impiego, che per mutata condizione di cose non fosse convenuto più, dovrebbe senza dubbio rispondere dei danni verso il minore. Più ancora, potrebbe pure talvolta farsi luogo pel minore ad impugnare di nullità l'atto dell'impiego a fronte di colui col quale fosse stato fatto; qualora fosse per collusione tra lui e il tutore, che fosse stato combinato un impiego pregiudizievole agli interessi del minore, e con raggiri si fosse riuscito a carpire l'autorizzazione del consiglio di famiglia. L'altro contraente, complice della frode, sarebbe infatti tenuto, pel principio generale proclamato nell'art. 1151 cod. civ., a risarcire al minore il danno di quell'impiego, sebbene fatto colle forme di legge; e di tale obbligo di risarcimento sarebbe conseguenza necessaria il doversi annullare l'atto da cui il danno proviene.

Se poi l'impiego dei capitali del minore sia stato fatto senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia voluta dalla legge, od anche, se ottenuta questa, il tutore abbia proceduto poi all'impiego in modo diverso da quello che dal consiglio sia stato stabilito, la sanzione naturale e inevitabile ne consiste nella nullità relativa dell'atto medesimo

d'impiego (art. 1303, n. 3, cod. civ.). La quale nullità pertanto, mentre non potrebbe mai essere opposta dall'altro contraente capace (art. 1107 cod. civ.), potrebbe essere fatta valere nell'interesse del minore, sia da lui stesso personalmente, giunto che fosse a stato di capacità, sia da chi legittimamente lo rappresentasse durante la minore età; anche da quello stesso tutore, che avesse illegalmente fatto l'impiego. Questi rimarrebbe però soggetto all'azione di danno, che il minore, o chi lo rappresentasse, potrebbe preferire di esercitare contro di lui; e rimarrebbe eziandio soggetto all'azione di regresso, che potrebbe essergli intentata dall'altro contraente di buona fede, salvochè il tutore gli avesse data, al tempo del contratto, una sufficiente notizia della qualità in cui agiva, e dello stato delle cose in ordine all'autorizzazione del consiglio di famiglia (arg. art. 1751 cod. civ.). In ogni caso però il tutore, verso l'altro contraente, non potrebbe essere veramente tenuto delle obbligazioni, che avesse assunte, non in nome proprio, ma in quello del minore; sibbene soltanto dei danni dipendenti dal fatto proprio, d'aver tratto per dolo o colpa in inganno la parte con cui contrattava. A ciò crediamo doversi limitare il diritto esercibile dall'altra parte, con cui il tutore abbia fatto un impiego di capitali del minore senza la necessaria autorizzazione del consiglio di famiglia; quantunque vi sia un autore, che dopo aver avvertita la necessità che l'autorizzazione del consiglio per l'impiego dei capitali del minore sia data in modo non generico, ma speciale, soggiunge poi che “ se il tutore, genericamente autorizzato, abbia rinvestito il capitale con persone, che, attesa quell'autorizzazione, sono in buona fede, e l'impiego risulti regolare, non sarà opponibile questo difetto di forma all'effetto di annullare il contratto „ (1). Ma *regolare* non può essere l'impiego fatto in virtù di una

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 620, n. 2, pag. 990.

autorizzazione *data in genere* dal consiglio di famiglia al tutore, mentre l'art. 297 dichiara espressamente che l'autorizzazione dev'essere *speciale* per ciascuno degli atti o contratti contemplati nell'articolo precedente. L'atto è quindi annullabile per una disposizione parimente espressa dell'altro articolo 1303, n. 3. Nè contro l'azione di nullità può opporsi efficacemente la *buona fede* dell'altro contraente, ciò non essendo ammissibile, secondo i principii fondamentali della materia, nè d'altronde essendo neppure allegabile la buona fede in ciò che riguardi la condizione d'incapacità della persona con cui si contrattava, e l'inadempimento delle forme abilitanti, che per riparare a tale incapacità erano richieste.

Nel caso speciale, in cui qualche capitale del minore fosse stato convertito dal tutore non autorizzato in ispese di costruzioni o miglioramenti sovra beni immobili del tutelato, il tutore stesso non potendo legittimare un tale impiego, per mancanza della forma abilitante richiesta dalla legge, potrebbe essere nel rendiconto finale della tutela tenuto debitore del capitale; e quanto alle spese sostenute, dovrebbe subire l'applicazione del disposto nei tre primi paragrafi dell'articolo 450 del codice civile.

257. 3) L'articolo 296 proibisce pure al tutore, non autorizzato dal consiglio di famiglia, di *fare acquisti di beni immobili o mobili;* ed è anche questa una innovazione giusta e importante del nostro codice a confronto delle legislazioni che lo precedettero; se si eccettui la citata legge Toscana, che nell'articolo 52 poneva tra gli atti, ai quali non permetteva ai tutori o curatori di procedere senza l'*approvazione del giudice*, anche la *compera di beni stabili*. Quei codici avendo taciuto intorno a tal punto, lasciavano luogo a dubitare se gli atti di acquisto dovessero, o no, ritenersi compresi nelle facoltà libere del tutore. Pel caso in cui gli acquisti si facessero impiegandovi i capitali o gli avanzi delle rendite del minore, il dubbio

era di assai facile soluzione. Il tutore avendo per quelle legislazioni il potere di fare da solo l'impiego dei danari appartenenti al minorenne, e d'altra parte non essendo scritta nel testo veruna limitazione circa il modo, era ovvio il ritenere che il tutore non fosse soggetto ad alcuna autorizzazione per poter acquistare beni con codesti mezzi. Tale era infatti l'opinione generale (1). Ma le difficoltà sorgevano allorchè si trattasse di acquistare beni in nome del minorenne a debito. Poteva il tutore, senza riportarne alcuna autorizzazione, assumere validamente pel tutelato l'obbligazione del prezzo di acquisti, che facesse in nome di lui? Qualche autore lo ritenne, fondandosi sul principio che il tutore rappresenti validamente il minore in tutti gli atti della vita civile, salve le limitazioni che la legge abbia espresse (2). Ma altri professava, in contrario, che non trattandosi di un vero e proprio impiego di capitali, ma di assumere pel minorenne un'obbligazione, che vincolava il suo patrimonio, esponeva ad alienazione forzata i suoi beni, fosse indispensabile al tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia (3); ed altri, con rigore anche maggiore, insegnavano, che non bastasse l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma la deliberazione di esso dovesse inoltre essere omologata dal tribunale, perchè l'atto equivaleva nella sua sostanza a quello di *prendere un prestito*, pel quale era richiesta, secondo gli articoli 457 e 458 del codice Francese, una tale formalità (4). Il codice Italiano ha troncate tutte queste questioni col dichiarare espressamente, nell'art. 296, che senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia il tutore non possa fare acquisti di beni immobili o mobili, e col non annoverare poi tali atti

(1) V. Duranton, t. III, n. 568; Demolombe, t. VII, n. 669, 670; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 5, n. 64; Laurent, t. V, n. 60.

(2) V. Duranton, t. III, n. 570; Aubry et Rau, l. c., n. 65.

(3) V. Demolombe, t. VII, n. 677.

(4) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 496; Laurent, t. V, n. 60.

nella disposizione *tassativa* dell'art. 301, che per alcuni altri prescrive doversi le deliberazioni del consiglio di famiglia sottoporre all'omologazione del tribunale.

È evidentissimo che nel negare al tutore la libera facoltà di acquistare beni pel minore, la nostra legge trovasi in perfetta coerenza col principio da essa adottato, che senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia il tutore non possa *fare impiego dei capitali del minore*. Uno dei modi di impiego può essere appunto l'acquisto di beni immobili o mobili: ed era naturale che dovendo il modo d'impiego essere determinato dal consiglio di famiglia, questo fosse pure chiamato a deliberare sull'acquisto di beni. Nel codice Francese era appunto la libertà lasciata al tutore quanto all'impiego dei capitali, che induceva a ritenere non necessaria l'autorizzazione del consiglio per convertirli nell'acquisto di beni anche immobili. Se non che, sotto questo aspetto, l'avere assoggettati all'identica formalità abilitante tanto l'impiego dei capitali, che l'acquisto di beni immobili o mobili, potrebbe sembrare una ripetizione superflua. E tale sarebbe veramente, se s'intendesse che parlando di acquisti si fosse inteso riferirsi precisamente a quelli che si facessero mediante il solo impiego di capitali o di avanzi delle rendite, intorno ai quali spetta pure al consiglio di famiglia, secondo l'art. 291, di stabilire *il modo dell'impiego*.

Ma può pur darsi che taluni acquisti vogliano farsi dal tutore, senzachè possa soddisfarne totalmente il prezzo coi capitali o cogli avanzi delle rendite del minore, stipulando invece dilazioni al pagamento di tutto o di parte del prezzo. Ed è anzi specialmente a questo caso che deve intendersi riferibile la disposizione, con cui si vieta di fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia gli acquisti di beni immobili o mobili; a questo caso, che, come, notammo, dava luogo a dubbi e divergenze di opinioni sotto i codici anteriori. La nostra legge si attenne alla massima più generalmente ricevuta, che non possa

concedersi libera facoltà al tutore di assumere in nome e per conto del minorenne obbligazioni pel pagamento del prezzo dei beni acquistati; operazione questa, che, se in qualche caso può essere proficua (ed è bene, ad ogni modo, che delle circostanze che la rendano tale giudichi il consiglio di famiglia), in moltissimi altri potrebbe riuscire rovinosa, non meno di un mutuo passivo che si assumesse pel minore, in causa della decorrenza d'interessi, che il più delle volte superano notevolmente l'ammontare dei redditi che si traggono dai beni acquistati. Tanto meno poteva adottarsi la massima contraria in una legislazione, come la nostra, che si era proposto di restringere i poteri del tutore per diminuirne la responsabilità, e scemare corrispondentemente l'entità della cauzione da richiedersi a lui.

Nello stesso art. 296 troviamo un altro inciso, che ha pur esso relazione col divieto dell'acquisto di beni immobili o mobili; ed è quello che dichiara non potersi dal tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni*. Da questa disposizione noi deducemmo la libera facoltà del tutore nell'accettazione di *legati o donazioni puri e semplici* (1).

Ma, sia nell'un caso, sia nell'altro, vi è sempre una relazione manifesta coll'acquisto di beni immobili o mobili. Ciò è vero a rigore di principii quanto alle donazioni poichè solo coll'accettazione esse divengono perfette e producono la trasmissione della proprietà a favore del donatario (art. 1057, 1062 cod. civ.); è vero in un certo aspetto anche pei legati, sebbene il diritto a conseguire la cosa legata sia acquisito in favore del legatario fin dal giorno della morte del testatore (art. 862 cod. civ.), perchè è coll'accettare il legato e chiederne il possesso all'erede (art. 863 cod. civ.) che si realizza di fatto quel diritto.

(1) V. sopra, n. 246, pag. 1130.

Così pertanto, poichè per l'*impiego dei capitali* e per gli *acquisti a titolo gratuito* abbiamo nel nostro art. 296 disposizioni speciali e distinte da quella che riguarda *l'acquisto di beni immobili o mobili*, possiamo conchiuderne che quest'ultima si riferisce soltanto a quegli *acquisti a titolo oneroso che non si facciano dal tutore col solo impiego di capitali del minorenne.*

Non è però da ritenersi necessario per l'applicabilità di questa disposizione, che si tratti di acquisto fatto a titolo di compra e vendita vera e propria, del cui prezzo in tutto od in parte si stipuli dilazione di pagamento in favore del minorenne acquirente. Qualunque altro titolo oneroso di acquisto cadrebbe sotto questa disposizione di legge; salvo l'avvertenza, che, se nel contratto s'implicasse qualche atto d'indole diversa, e compreso in altre delle indicazioni fatte dall'art. 296, dovrebbesi anche a queste avere riguardo. Così sarebbe un acquisto di bene immobile, soggetto alla disposizione di cui ora parliamo, anche l'atto costitutivo d'una rendita fondiaria o vitalizia, che si stipulasse a carico del minore in corrispettivo della cessione che gli si facesse appunto d'un bene immobile. Se invece si trattasse d'una permuta, ovvero fosse a titolo di transazione che a profitto del minore si trasferisse la proprietà di un immobile, sarebbero pure acquisti che si farebbero per lui; ma nel primo caso essendovi insieme all'acquisto ed in corrispettivo di esso un'*alienazione di beni*, nel secondo l'acquisto dipendendo da *transazione*, sarebbero le disposizioni speciali relative a questi atti che dovrebbero applicarsi. Nè la importanza di questa osservazione sarebbe meramente teorica: poichè come alienazione di beni, come transazione, l'atto non potrebbe essere valido con la sola autorizzazione del consiglio di famiglia, in virtù dell'art. 296, ma sarebbe inoltre indispensabile l'omologazione del tribunale, secondo l'art. 301.

Questo riflesso ci richiama ad un quesito già accennato superiormente e che potrebbe mettere in dubbio se

veramente sia del tutto esatto il collocare senza distinzione di casi gli acquisti di beni immobili o mobili tra gli atti, a cui il tutore può procedere colla sola autorizzazione del consiglio di famiglia. Quando il tutore faccia un acquisto di beni pel minorenne, *rendendolo in tutto o in parte debitore del prezzo*, pel cui pagamento stipuli dilazione, è veramente il solo articolo 296 che sia da applicarsi, e basta perciò l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ovvero si richiede inoltre l'omologazione del tribunale giusta l'articolo 301? Abbiamo notato che questo era un punto controverso in diritto francese, ma abbiamo soggiunto parerci chiaro che nel diritto nostro sia risolto pel carattere tassativo della disposizione del predetto articolo 301, nel quale non troviamo annoverato l'acquisto di beni immobili o mobili tra gli atti pei quali si richiede, oltre alla deliberazione del consiglio di famiglia, anche la omologazione del tribunale. Dimostrammo infatti a suo luogo come la disposizione dell'art. 301 abbia carattere incontestabile di eccezione, che costringe a tenerne rigorosamente ristretta l'applicazione ai casi che vi sono espressamente enumerati, ed esclude la possibilità di estenderla ad altri casi per qualunque ragione di analogia anche la più intima ed evidente; mentre la disposizione dell'articolo 296, se non può allargarsi fino a ritenervi compresi tutti indistintamente gli atti che eccedono la semplice amministrazione ordinaria, e nemmeno fino a renderla applicabile a categorie di atti diverse da quelle che vi sono contemplate, non si oppone però, nè per la lettera, nè per lo spirito suo, a poterla estendere ad atti particolari che con qualcuno di quelli singolarmente enumerati nel predetto articolo abbiano identità di caratteri e di effetti giuridici, ed eguale gravità di conseguenze (1). E ciò posto, ne segue irrecusabile la illazione, che poichè l'acquisto di beni immobili o mobili è bensì annoverato

(1) V. sopra, n. 210, pag. 972-980.

nell'articolo 296 tra gli atti che il tutore non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma non è poi indicato nell'articolo 301 tra quelli pei quali le deliberazioni del consiglio devono essere omologate dal tribunale, la prima di queste formalità debba ritenersi sufficiente.

Nel codice Francese la questione potea forse considerarsi sotto un aspetto diverso. Quel codice non aveva, come ha il nostro, due disposizioni distinte, nell'una delle quali si enumerassero tutti gli atti che dovevano essere autorizzati dal consiglio di famiglia, nell'altra tutti quelli tra essi pei quali si richiedeva inoltre l'omologazione del tribunale. L'articolo 457 indicava alcuni atti soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed era seguito da altra disposizione che vietava eseguirsi le relative deliberazioni se non fossero prima omologate dal tribunale; parimente l'articolo 467 esigeva per le transazioni a nome del minore l'autorizzazione del consiglio e l'omologazione del tribunale. Era quindi sostenibile che l'estensibilità per analogia della disposizione, che imponeva l'autorizzazione consigliare, traesse seco anche la necessità della omologazione giudiziaria; e che l'acquistare beni a credito essendo da parificarsi al contrarre un prestito per pagarne il prezzo, fosse da reputarsi necessaria anche per quello, come per questo atto, non solo la deliberazione del consiglio, ma anche l'omologazione del tribunale. Quantunque per parte nostra dobbiamo confessare di non essere neppure convinti della parità, che gli illustri autori sopra citati credettero di trovare, tra il prendere denaro a mutuo e il comprare a debito. Certo, che se si consideri soltanto l'obbligazione, che viene assunta in nome dell'amministrato, si potrà dire che è di natura identica in amendue i casi, e che tanto è il contrarre un debito verso il venditore, quanto per pagar lui il prendere un prestito da un terzo; tanto il dovere al venditore il capitale e gli interessi, quanto il doverli ad un altro. Ma la

cosa non è poi identica quanto ai pericoli, a cui si espone coll'uno o coll'altro di quegli atti l'interesse del minorenne. Se si prende per lui denaro a mutuo, il denaro può essere disperso e non restargli che il debito; mentre se si contrae l'obbligazione del prezzo, rimane però sempre il bene acquistato, che ne forma il corrispettivo.

In quest'ultimo caso si è potuto reputar sufficiente, a guarentia del minore, che intervenga l'autorità del consiglio di famiglia per apprezzare la convenienza dell'acquisto; sebbene nell'altro siasi ritenuta necessaria anche l'omologazione del tribunale, per premunirsi contro i più gravi pericoli che l'indole dell'atto lasciava temere.

Del resto, per noi basta questa sola considerazione: che abbiamo una disposizione di legge speciale, e che per natura sua è rigorosamente tassativa, nella quale sono stabiliti gli atti per cui è richiesta l'omologazione del tribunale, nè vi è compreso quello dell'acquisto dei beni immobili o mobili; e ciò giustifica pienamente l'avere noi classificato senz'alcuna distinzione un tale acquisto tra gli atti pei quali è sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia ancorchè facciasi contraendo il debito di tutto o di parte del prezzo.

L'espressione della legge, nell'assoggettare all'autorizzazione del consiglio di famiglia tutti gli *acquisti di beni immobili o mobili*, è concepita colla massima generalità possibile, tanto in ordine agli oggetti che al modo dell'acquisto. E quanto agli oggetti, se si confronta questa disposizione colle altre degli articoli 407 e seguenti, 416 e seguenti, e specialmente con quella dell'articolo 421, non si può dubitare che, quali che siano i beni, corporali o incorporali, che si tratti di acquistare pel minore, è sempre indispensabile, secondo la nostra legge, la deliberazione consigliare; siano poi beni immobili per natura, o per destinazione, o per l'oggetto a cui si riferiscono; o beni mobili per loro natura o per determinazione della legge. Così il tutore avrebbe bisogno di chiedere

l'autorizzazione, non solo per acquistare in nome del minore terreni o edifizi, o mobili di qualunque specie e valore, ma ancora per estendere a beni immobilizzati per destinazione in un fondo l'acquisto che il consiglio avesse prima deliberato per questo solo, per stipulare una concessione di enfiteusi, o la costituzione o la cessione dell'esercizio di un diritto di usufrutto, o la costituzione d'una servitù prediale attiva, o la cessione di azioni immobiliari reali, o di crediti ipotecari o chirografari, o di azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria.

I dubbi, che erano sôrti su questo argomento nel diritto Francese, riguardavano specialmente la facoltà libera, o no, del tutore per l'acquisto di beni immobili; e fu appunto nell'intendimento di risolvere tali dubbi, che il legislatore nostro dichiarò con questa disposizione generale essere necessaria l'autorizzazione del consiglio per poter fare in nome del minore acquisti di beni, tanto immobili che mobili. Per altro in ordine a questi ultimi ammise eccezioni, quanto agli acquisti di oggetti che siano necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio; intorno al qual punto abbiamo accennato in altro luogo quanto ci parve necessario a spiegazione di questa parte del testo (1).

Quanto poi ai modi di acquisto, il non essere espressa nessuna limitazione persuaderebbe a primo aspetto che fosse da ritenersi esclusa qualunque distinzione. Senonchè dobbiamo rammentarne qualcuna, che già sopra accennammo, e che risulta dal confronto con altre parti di questo medesimo articolo. Osservammo infatti, in primo luogo, che parlando di *acquisti* la légge non può aver inteso di riferirsi se non a quelli che si facciano *a titolo oneroso;* poichè intorno a quelli *a titolo gratuito* ha disposto separatamente stabilendo che occorra l'autorizzazione del

(1) V. sopra, n. 234, pag. 1068-1070.

consiglio di famiglia per potere accettare *donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni.* E se in ciò abbiamo ampliata la massima che risulterebbe dal testo della legge, inteso strettamente nel senso letterale, non crediamo però di essere usciti dai limiti d'una retta interpretazione secondo l'intenzione del legislatore. Sia pure che non si tratti di donazione vera e propria, ma d'altro atto di liberalità in pro del minore. La regola stabilita per le donazioni, con la distinzione che vi è fatta tra i casi di beneficenza pura e semplice e quelli in cui ad essa siano apposti oneri, dovrà ugualmente osservarsi, poichè vi è, più che analogia, identità di casi e di motivi per applicare la regola stessa.

Suppongasi, per esempio, che sia una remissione di debito, che un creditore faccia a vantaggio del minore, o una rinunzia d'altro diritto qualsiasi. Se la condonazione o la rinunzia è pura e semplice, non vi è difficoltà a poterla il tutore accettare di autorità propria, senza bisogno d'alcuna autorizzazione. Egli non fa che un atto meramente e indubitabilmente utile pel suo amministrato. E a quale scopo mai richiederebbesi una formalità abilitante, il cui inadempimento non potrebbe produrre che una nullità puramente relativa al minore, il quale non può avere interesse ad opporla? Ma se invece il creditore od altro avente diritto appone alla condonazione od alla rinunzia, che fa, qualche onere o qualche condizione, è necessario a guarentìa del tutelato che intervenga l'autorità del consiglio di famiglia, per riconoscere la convenienza di accettare la remissione o la rinunzia, assumendo l'onere o la condizione che vi è apposta, e che potrebbe distruggere ogni profitto dell'apparente liberalità, od anche talvolta costituire un vero danno pel patrimonio del minore; è necessario non meno che se si trattasse di accettare una donazione vera e propria, poichè l'indole ed i caratteri dell'atto sono non solo analoghi, ma identici, e le conseguenze possono essere ugualmente gravi.

Osservammo, in secondo luogo, che la disposizione richiedente l'autorizzazione del consiglio di famiglia per gli acquisti di beni immobili, si riferisce soltanto a quegli *acquisti a titolo oneroso, che non si facciano dal tutore col solo impiego di capitali del minorenne*, ancorchè il titolo dell'acquisto non sia propriamente di compra o vendita, ma purchè l'atto dell'acquisto non si congiunga a qualche altro, che richieda l'adempimento di qualche formalità ulteriore, come sarebbe nel caso di permuta o di transazione: perchè allora diverrebbe necessario, secondo l'articolo 301, che la deliberazione del consiglio di famiglia fosse anche omologata dal tribunale. Anche queste avvertenze pertanto arrecano limitazioni alla regola, che nella disposizione di legge, per la quale sono sottoposti alla sola autorizzazione del consiglio di famiglia gli *acquisti di beni immobili o mobili*, non siano da fare distinzioni circa il modo dell'acquisto.

Vi sono atti, dei quali può dubitarsi se costituiscano, a senso dell'art. 296, *acquisti di beni*, sicchè rimangano per tal ragione soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia. E sono quelli di riscatto convenzionale dei beni venduti (art. 1515 cod. civile) e di retratto di diritti litigiosi (art. 1546 cod. civile): intorno ai quali atti già abbiamo accennato non potersi dal tutore non autorizzato impiegare, nell'esercizio del riscatto o del retratto predetti, i capitali appartenenti al minore (1). Qui però la questione assume un'estensione maggiore: domandandosi se il tutore possa, indipendentemente da antorizzazione del consiglio di famiglia, esercitare il riscatto convenzionale stipulato in una vendita, o il retratto di diritti litigiosi, quand'anche non vi impieghi i capitali del minore, ma contragga in nome di questo obbligazioni personali corrispondenti.

Il dubbio si riduce quindi, come da principio notammo, a determinare se l'esercizio dell'uno o dell'altro di quei

(1) V. sopra, n. 255, pag. 1199.

diritti costituisca veramente, secondo i principii giuridici, un *acquisto di beni*, od almeno sia un atto così intimamente analogo a questo, che per completa identità di ragioni debba essergli applicabile la stessa regola che per gli acquisti fu stabilita.

Pel riscatto convenzionale, che il venditore siasi riservato nel contratto stesso di vendita, è un punto gravemente controverso se nell'intervallo il venditore conservi sulla cosa venduta il diritto di proprietà, subordinato alla condizione dell'esercizio del riscatto, o se veramente si spogli di ogni diritto di proprietà, non riserbandosi che un semplice diritto *ad rem*, mediante il cui esercizio potrà rientrare nella proprietà stessa. Non sarebbe qui luogo opportuno a discutere una tale questione: la quale risolta nell'ultimo senso ora indicato darebbe per risultato certo doversi considerare l'esercizio del riscatto come riacquisto di quella proprietà che si era prima completamente trasmessa ad altri, e cadersi quindi nei termini stessi dell'articolo 296, il quale esige l'autorizzazione del consiglio di famiglia per qualunque *acquisto di beni*. Ma, ammessa pure la risoluzione opposta: che cioè nella vendita con patto di riscatto alla trasmissione della proprietà al compratore, sotto condizione risolutiva, corrisponda la conservazione contemporanea in favore del venditore d'un diritto di proprietà soggetto a condizione sospensiva; potrà ben dirsi che a rigore di principii non sia un vero acquisto di beni l'avverarsi mediante l'esercizio del riscatto una condizione che fa considerare giuridicamente come non mai avvenuta la trasmissione di proprietà al compratore; però sarà sempre vero che, a parte la finzione giuridica derivante dalla retroattività di effetti della verificata condizione, risolutiva da una parte, sospensiva dall'altra, nella realtà delle cose il venditore ricupera quella proprietà di beni che avea prima trasmessa ad altri, sia pure sotto condizione risolutiva, e la ricupera mediante il corrispettivo del rimborso del prezzo, delle spese e di tutti

i legittimi pagamenti fatti per la vendita, non che del costo delle riparazioni necessarie e dell'aumentato valore dei beni pei miglioramenti fattivi. Se dunque non saremo precisamente e rigorosamente nei termini dell'articolo 296, che parla di *acquisto di beni immobili o mobili*, saremo però in un caso di così intima ed evidente analogia, di così perfetta parità di caratteri e di effetti dell'atto, da doversi ammettere ugualmente l'applicazione della regola che lo assoggetta all'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Qualche maggiore difficoltà può presentarsi in ordine al *retratto di diritti litigiosi;* perchè la legge lo considera come un mezzo di estinzione di diritti altrui giudizialmente contestati, un mezzo per *farsi liberare dal cessionario*, anzichè come *acquisto* dei diritti medesimi (articolo 1546 cod. civile). Tuttavia, se tale è il carattere giuridico che la legge attribuisce a questo retratto, se tale è anche lo scopo ch'essa si propone nell'ammetterlo, poichè vuole in sostanza por fine ad una contestazione giudiziale procurando la liberazione a colui contro il quale fu da altri ceduto il diritto litigioso mediante il solo rimborso del prezzo di cessione e dei relativi accessori al cessionario; non è però men vero, secondo l'essenza e la realtà delle cose, che, col mezzo del retratto, chi lo esercita espropria il cessionario del diritto che gli era stato trasferito mediante la cessione; che dunque l'espropriante fa a sua volta di questo diritto un acquisto, che gli serve come mezzo ad estinguere per confusione le ragioni promosse giudizialmente contro di lui, e così a liberarsi e por fine al giudizio. Anche qui dunque, se abbiamo un atto che secondo il rigore della definizione datane dalla legge non sarebbe da qualificarsi come un acquisto, esso però ne ha intimamente e realmente i caratteri; e pel corrispettivo, mediante il quale soltanto si può esercitare il retratto, presenta per l'interesse del minore pericoli uguali a quelli per prevenire i quali si volle che gli acquisti di beni di qualunque natura fossero autorizzati dal consiglio di

famiglia. Acquistare in nome del minore, mediante cessione, dei diritti che altri abbia contro un terzo, od acquistare mediante il retratto quei diritti litigiosi contro il minore, che siano stati ceduti ad un terzo, al fine di liberare il minore stesso e troncare la lite, sono due atti che differiscono per lo scopo, per la denominazione, per la qualificazione data ad essi dalla legge, ma in fondo hanno indole identica, e possono produrre pel patrimonio del minore le stesse conseguenze dannose; giacchè tanto può tornargli di pregiudizio l'avere rimborsato, pel retratto, il prezzo di cessione, al fine di liberarsi da pretesi diritti altrui, contro i quali avrebbe potuto forse opporre mezzi efficaci di difesa, quanto l'avere acquistati per un determinato prezzo di cessione diritti, che poi si appalesassero infondati, o di minor valore. Vi è pertanto identica ragione perchè in amendue i casi debba intervenire l'autorità del consiglio di famiglia a riconoscere la convenienza dell'atto nell'interesse del minore (1).

258. Allorchè un determinato acquisto sia stato autorizzato con regolare deliberazione del consiglio di famiglia, il tutore ha non solo il potere, ma l'obbligo di procedere all'atto relativo colla diligenza che è propria d'un buon padre di famiglia; e in difetto, è tenuto verso il minore al risarcimento dei danni. S'intende però che se nell'intervallo fossero avvenuti tali cambiamenti di circostanze, che un buon padre di famiglia non avrebbe più dovuto conchiudere quell'acquisto, dal quale fosse tuttavia legalmente possibile il ritrarsi, il tutore potrebbe essere responsabile del danno che per propria colpa avesse causato al minore, non invocando, come avrebbe potuto, la revocazione del deliberamento anteriore del consiglio di famiglia.

Ridotto poi ad atto regolare l'acquisto, ogni effetto di diritto o di obbligazione, derivante da tale atto, starebbe

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 678.

a solo vantaggio e carico del minore, reputandosi l'atto come compiuto da lui medesimo, che fosse pienamente capace. Il minore divenuto maggiore non potrebbe quindi mai pretendere di lasciare l'acquisto a conto del tutore, che l'avesse fatto colla regolare autorizzazione; nè potrebbe esimersi dalle obbligazioni assunte in suo nome col contratto, delle quali tutte sarebbe tenuto sotto la guarentia d'ogni suo bene presente e futuro, e contro il minore solo sarebbero esperibili le azioni dell'altro contraente.

Che se il tutore avesse stipulato per contro proprio un acquisto, al quale fosse stato autorizzato dal consiglio nell'interesse del minore, tanto più poi se vi avesse impiegati capitali spettanti al minore stesso, questi avrebbe diritto, rimpetto al proprio mandatario legale, di reclamare per sè gli effetti del contratto; quantunque nelle relazioni tra l'altra parte contraente e il tutore, che avesse stipulato in proprio nome, gli effetti del contratto medesimo dovessero considerarsi limitati a loro.

Questa, che non è in fondo se non l'applicazione al mandato legale tutelare dei principii che regolano il mandato in genere, richiede però qualche più precisa dichiarazione.

Emanata che sia dal consiglio di famiglia la deliberazione, che ordini un determinato acquisto da farsi nell'interesse del minore, il darvi esecuzione procedendo all'atto relativo diviene una obbligazione del tutore; il quale, in virtù del mandato legale che gl'incombe, si trova in quella medesima condizione in cui sarebbe chi avesse accettato il mandato convenzionale di fare quell'acquisto. Ora, chi abbia assunto il mandato di acquistare per altri una cosa, e realmente l'acquisti, e ne ottenga la tradizione, ma tutto ciò faccia in proprio nome, è però tenuto verso il mandante, in esecuzione del mandato stesso, a fargli avere la cosa acquistata, ed a cedergli tutti i diritti e le azioni derivanti dal relativo contratto. Ciò è altrettanto naturale alloraquando il mandatario abbia avuta l'intenzione di agire nell'interesse del mandante, e solo abbia

ommesso di dichiarare nella contrattazione tale sua qualità, che nell'altro caso in cui abbia invece maliziosamente trattato in nome proprio; poichè la sua mala fede nel non dare esecuzione al mandato non deve giovargli, nè la violazione delle sue obbligazioni può autorizzarlo a trarne profitto. Le cose però procedono diversamente per quanto riguarda l'altra parte, con cui il mandatario ha contrattato. A lei è affatto estraneo il mandato: è un contratto avvenuto fra terzi, che non può nè giovarle nè nuocerle. Ed avendo trattato soltanto col mandatario, che agiva in proprio nome personale, essa ha diritto di considerare lui solo come personalmente tenuto delle obbligazioni, derivanti dalla convenzione, e di riguardare, quanto a sè, come una persona estranea il mandante.

Ciò non ostante, tanto il mandante, che il terzo con cui il mandatario ha contrattato, possono avere mezzi indiretti per procurarsi azioni esercibili dall'uno di essi contro l'altro; poichè il mandante, in virtù del diritto che gli spetta per l'esecuzione del mandato contro il mandatario, può obbligar questo a cedergli i diritti e le azioni da lui acquistate verso la parte con cui ha contrattato in proprio nome, o, ciò che equivale, farsi surrogare giudizialmente in tali diritti ed azioni; ed a sua volta l'altra parte, a cui spettano diritti verso il mandatario, in forza della contrattazione fatta con lui, può esercitare i diritti e le azioni competenti al mandatario medesimo verso il mandante: lo può, se non altro, per il principio generale stabilito nell'art. 1234 del codice civile (1).

Applicando dunque questi principii generali al caso del mandato legale del tutore: quando questi abbia fatto in nome proprio un acquisto, che per deliberazione del consiglio di famiglia doveva fare nell'interesse del minore, vi abbia poi, o non vi abbia impiegati capitali spettanti al minore stesso, riterremo che il tutelato, o chi lo rappre-

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, § 415, 3°; Laurent, t. XXVIII, n. 60-63.

senti, potrà invocare rimpetto al tutore gli effetti del contratto che questi abbia conchiuso per sè, obbligandolo anche alla cessione dei diritti e delle azioni derivanti da tale contratto verso l'altra parte, facendovisi all'uopo surrogare giudizialmente; e che il terzo contraente potrà esigere l'adempimento di tutte le obbligazioni contrattuali assunte dal tutore in proprio nome, agendo contro di lui personalmente, ed anche esercitando in rappresentanza di lui le azioni che gli spettino, nella qualità di mandatario legale, verso il tutelato (1).

Qualora il tutore abbia fatto un acquisto di beni senza esservi stato regolarmente autorizzato dal consiglio di famiglia, il contratto è annullabile, per una nullità relativa al minore, ed opponibile tanto da lui stesso, giunto che sia a stato di capacità, quanto da chi lo rappresenti durante la minore età, ed anche da quel medesimo tutore che ha contrattato. Gli effetti dell'annullazione si estenderebbero quindi a tutte le obbligazioni, che in nome del minorenne fossero state contratte dal tutore, il quale però potrebb'essere responsabile verso l'altro contraente qualora lo avesse ingannato intorno alla qualità in cui agiva, ed alla mancanza dell'autorizzazione necessaria.

259. 4) Colla disposizione, che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè il tutore possa in nome del minore fare acquisti di beni immobili o mobili, ha qualche punto di analogia l'altra, che gl'impone la medesima formalità per potere *accettare una eredità.* Diciamo *qualche punto di analogia,* ben lontani quindi dal considerare questa come perfetta; poichè l'acquisto della eredità non si opera in favore dell'erede per virtù dell'accettazione — come è per l'accettazione soltanto che si perfeziona e diviene produttiva degli effetti suoi la donazione (articoli 1057, 1062 cod. civile) — ma ha luogo per legge fin

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 675.

dal momento in cui la successione si apre, dal quale momento passa anzi di pieno diritto nella persona dell'erede il possesso civile dei beni del defunto, indipendentemente dalla materiale apprensione (art. 925 cod. civile); e l'accettazione non fa che confermare retroattivamente, col concorso della volontà dell'erede accettante, l'acquisto che egli ha fatto della eredità fin dal giorno in cui la successione si è aperta (art. 933, § 1, cod. civile).

Coll'altra disposizione del medesimo art. 296, che vieta al tutore non autorizzato di *alienare beni immobili o mobili* del minore, ha poi analogia quella che esige una simile autorizzazione per potere *ripudiare un'eredità;* od anzi sarebbe più esatto il dire che codesta rinunzia non è che una specie di alienazione, poichè contiene l'abdicazione d'un diritto già acquisito all'erede fin dal giorno dell'aprimento della successione. Nondimeno fu ritenuta tra le altre alienazioni di beni, e questa in ispecie, una differenza notevolissima: giacchè mentre per quelle si richiede una deliberazione del consiglio di famiglia, che sia inoltre omologata dal tribunale (art. 301 cod. civile), per la rinunzia di eredità basta invece la semplice autorizzazione del consiglio. Nè di ciò possiamo ammettere dubbio: essendo certo, come dimostrammo, e più volte ripetemmo, che dee riguardarsi come rigorosamente tassativa la disposizione dell'articolo 301 la quale parla bensì degli *atti di alienazione*, ma non della *rinunzia ad eredità*. Questa differenza si tentò di giustificare, osservando in fatto, che i diritti successorii possono talvolta non rappresentare attività reali, ma costituire in ultimo risultamento passività e carichi: e in diritto, che se l'erede ha diritto acquisito per legge alla successione fin dal momento in cui essa si è aperta, ha però nel medesimo tempo la facoltà libera di accettarla o ripudiarla sotto le condizioni stabilite dalla legge: che perciò non può dirsi con tutta esattezza che l'erede faccia un'alienazione di beni, quando si libera da passività superiori alle attività, mediante una

rinunzia che lo fa considerare come se non fosse mai stato erede (art. 945 codice civile), e che d'altra parte gli lascia ancora aperto l'adito ad un'accettazione ulteriore finchè non sia compiuta la prescrizione, e purchè colla nuova accettazione non si offendano diritti acquisiti altrui (art. 950 cod. civile) (1).

Ma a tali osservazioni vi è da rispondere:

che se può darsi in fatto che la rinunzia sia giustificata dall'eccedenza passiva nel patrimonio del defunto, può anche verificarsi il contrario; e se della consistenza materiale del patrimonio facilmente, in generale, sarà meglio informato il consiglio di famiglia che il tribunale, questo, in compenso, potrà meglio valutare i mezzi giuridici, che diano speranza di poter liberare il patrimonio stesso da qualche passività, che apparentemente lo aggravi;

che ad ogni modo la rinunzia all'eredità contenendo l'abdicazione del diritto successorio, che al minore erede era acquisito fin dal momento dell'aperta successione, non poteva essere trattata con minori cautele d'ogni altra alienazione di beni (2); tanto più poi in una legislazione, quale la nostra attuale, che non si è limitata, come la francese, a richiedere l'autorizzazione del consiglio e l'omologazione del tribunale per le sole alienazioni di beni immobili, ma impose ambedue quelle formalità per *qualunque atto di alienazione*, sia mobiliare o immobiliare (articolo 301 comb. col 296 cod. civile); talchè sembra mancar coerenza nell'esigere che l'autorizzazione consigliare sia omologata dal tribunale per l'alienazione di mobili di poco valore, mentre basti la deliberazione del consiglio ad autorizzare una rinunzia di eredità, che per un errore nella valutazione della consistenza patrimoniale potrebbe talvolta pregiudicare importantissimi interessi del tutelato.

(1) V. Demolombe, t. VII, 696.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 2, n. 3, obs. III; Laurent, t. V, n. 70, pag. 82.

Comunque sia, il testo del nostro codice è troppo chiaro per poter dubitare menomamente della massima, che tanto per accettare, come per ripudiare un'eredità devoluta al minore, è sempre sufficiente la semplice autorizzazione del consiglio di famiglia. Dei codici anteriori, disponevano nel medesimo senso il Napoleonico (art. 461), il Napoletano (art. 384), e l'Albertino (art. 338). Il codice Austriaco (§ 233) stabiliva che " il tutore non poteva di propria " autorità *ripudiare o adire puramente un' eredità* ", e per questo, come per altri negozi *non appartenenti all'ordinaria economica amministrazione, e di maggiore importanza*, richiedeva l'*approvazione del giudice.* Secondo quella legislazione pertanto non era prescritto che le eredità devolute ai minori non potessero accettarsi se non col benefizio dell'inventario; l'adizione della eredità poteva dichiararsi anche puramente e semplicemente, salvo che in tal caso, del pari che in quello di ripudiazione, volevasi l'approvazione del giudice pupillare, non essendovi in quel codice l'istituzione del consiglio di famiglia.

Secondo il codice Parmense (art. 255 e 877, § 2) ed Estense (art. 288 e 956) era vietata l'accettazione pura e semplice delle eredità devolute alle persone soggette a tutela, ma col benefizio dell'inventario poteva accettarle il tutore, senza bisogno di alcuna autorizzazione; solo per ripudiarla dovea riportare l'ordinazione del giudice.

Chi guardasse alla sola disposizione dell'articolo 296 potrebbe pensare che secondo il codice Italiano non fosse vietata l'accettazione pura e semplice delle eredità devolute ai minori, giacchè quell'articolo parla genericamente di *accettare eredità.* Ma il contrario risulta testualmente da un'altra disposizione: da quella cioè dell'articolo 930, ov'è stabilito che le eredità devolute ai minori ed agli interdetti non si possono validamente accettare che *col benefizio dell'inventario.*

" L'accettazione *libera* d'una eredità, fu detto egregia- " mente, ha dei pericoli; imperocchè l'erede libero rimane

“ obbligato al pagamento dei debiti ereditari e dei legati
“ anco oltre *il valore dei beni in lui pervenuti*, ed oltre a
“ ciò, confondendosi i suoi beni con quelli dell'eredità,
“ egli perde il diritto di chiedere e di avere pagamento
“ dei crediti che per avventura avesse contro l'eredità me-
“ desima. Da questi pericoli la legge vuole che vada sempre
“ salvo il minore; e poichè i medesimi si rimuovono me-
“ diante l'accettazione dell'eredità con benefizio d'inven-
“ tario; così è prescritto che questa maniera di accetta-
“ zione sia sempre praticata per i minori „ (1).

Ma appunto l'essersi con ciò provveduto a guarentire l'interesse del minore rende poi malagevole, a primo aspetto, il comprendere i motivi pei quali, anche per accettare in questo unico modo permesso l'eredità devoluta al minore, siasi richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia, lasciando ad esso il deliberare o l'accettazione così limitata, od anzi la rinunzia dell'eredità. Nondimeno una breve riflessione basta a chiarire codesti motivi. Sebbene per gli effetti legali del benefizio d'inventario, l'erede che se ne giova eviti la confusione dei beni proprii con quelli dell'eredità, non sia quindi tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti, conservi contro l'eredità stessa il diritto di ottenere pagamento dei proprii crediti particolari verso di essa, possa anche liberarsi completamente verso i creditori della eredità ed i legatari col ceder loro tutti i beni ereditari (art. 968 cod. civile), non ostante tutto ciò, l'accettazione benefiziaria non assicura ancora l'erede così accettante contro ogni pericolo di danno; sia perchè, se egli sia figlio o discendente della persona della cui eredità si tratta, è tenuto, sebbene abbia accettato con benefizio d'inventario, a conferire ai suoi fratelli, alle sorelle, od ai loro discendenti, coi quali sia coerede, tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione, sì direttamente che

(1) V. Paoli, *La tutela*, n. 148, pag. 94.

indirettamente (art. 1001 cod. civile), e potrebbe avvenire che il valore dei beni da conferirsi superasse quello della parte ereditaria dovuta al minore, nel qual caso converrebbe piuttosto rinunziare alla eredità, e ritenere con ciò la donazione fino alla concorrenza della porzione disponibile (art. 1003 cod. civile); sia perchè l'erede beneficiario, e nel caso il tutore dell'erede minorenne, è di diritto curatore della eredità, obbligato ad amministrarla nell'interesse anche dei creditori e dei legatari (art. 964, § 2, 969 cod. civile), e ciò potrebbe arrecar danno anche al minore distraendo il tutore dall'amministrazione del patrimonio particolare del tutelato per rivolgere tempo e cure alla liquidazione d'una eredità forse passiva.

Essendo richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia soltanto *per accettare col benefizio dell'inventario*, com'è indispensabile, l'eredità devoluta al minore, può nascer dubbio se, data questa autorizzazione, essa valga per tutte le conseguenze giuridiche dell'accettazione beneficiaria, e quindi anche per potere, senz'altro, a norma del disposto nel secondo paragrafo dell'art. 968 cod. civile, fare ai creditori ed ai legatari la cessione di tutti i beni dell'eredità, al fine di liberare a fronte dei creditori e legatari stessi il minorenne erede beneficato. È una questione che fu discussa in diritto francese: sotto l'impero del quale vi fu qualche decisione, che considerando l'abbandono dei beni, dopo l'accettazione beneficiaria, come un *atto di alienazione*, ritenne applicabili le disposizioni combinate degli articoli 457 e 458 di quel codice, e quindi necessaria non solo l'autorizzazione del consiglio di famiglia ma anche l'omologazione del tribunale. Vi erano però autori, i quali dubitavano se fosse esatto il qualificare come atto di alienazione dei beni dell'eredità, dalla parte dell'erede beneficiario, l'abbandonarli ai creditori ed ai legatari, od anche ripudiavano affatto questo concetto, ma nondimeno ritenevano necessaria per l'abbandono l'autorizzazione speciale del consiglio di famiglia, perchè,

dicevano, quell'atto, se non era di alienazione, era almeno tale da mutare in peggio la condizione dell'erede, inquantochè egli non poteva più riprendere i beni abbandonati, e non ancora venduti a richiesta dei creditori e dei legatari, se non disinteressando completamente costoro (1).

Sotto il codice nostro fu riproposta l'idea che l'abbandono fatto a norma dell'art. 968, § 2, costituisca un vero atto di alienazione dei beni della eredità, e non possa quindi farsi che per deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale (2).

Crediamo però che questo sia un errore. L'atto con cui l'erede benefiziario abbandona ai creditori ed ai legatari i beni dell'eredità, al fine di liberarsi dalle loro azioni, a cui era soggetto *nella qualità di amministratore* dei beni stessi (art. 969 cod. civile), non può confondersi con la *rinunzia alla eredità;* tanto meno poi con un atto di alienazione. È semplicemente un mezzo di sciogliersi verso i creditori e i legatari dall'obbligo di amministrare nel loro interesse i beni della eredità e render loro il conto della gestione, rimettendo ai creditori ed ai legatari medesimi quei beni, acciocchè li amministrino da se stessi, e si procurino il pagamento dell'aver loro. E come sarebbe possibile che alienasse in nome proprio quei beni l'erede benefiziario, che non ha voluto confonderli coi proprii, che ha voluto esserne soltanto *amministratore,* finchè i creditori ed i legatari non fossero soddisfatti? D'altra parte sarebbe assai strana la conseguenza a cui si arriverebbe, che per l'abbandono non bastasse l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma si richiedesse inoltre l'omologazione del tribunale, mentre la prima di queste formalità è sufficiente, non solo per l'accettazione benefiziaria, di cui la facoltà di quell'abbandono è uno degli effetti, ma eziandio per la *rinunzia* della eredità. Quasichè potesse riguardarsi meno

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 698; Aubry et Rau, t. I, § 113, 1°, n. 5.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, § 626, pag. 909.

compromettente per l'interesse del minore il rinunziare fin da principio ad una eredità devoluta in favore di lui, che l'abbandonarne i beni ai creditori ed ai legatari dopo che sia risultato dall'inventario che nessuna utilità possa sperarsi da quella successione!

Comprendiamo l'importanza della considerazione addotta da qualche commentatore del codice Francese, che l'abbandono, se non costituisce un atto di alienazione, abbia però per effetto di deteriorare la condizione dell'erede benefiziario, privandolo della facoltà di riprendere quei beni, se non disinteressi prima i creditori ed i legatari; e comprendiamo che una tale considerazione potesse riguardarsi come decisiva in una legislazione, la quale non contenendo disposizioni abbastanza particolareggiate, permetteva di ritenere che al tutore non fosse lecito di fare da solo alcun atto col quale potesse pregiudicare in qualunque modo la sostanza patrimoniale del minore. Ma noi abbiamo una disposizione che enumera i singoli atti pei quali l'autorizzazione del consiglio di famiglia è richiesta. E sebbene, per quanto parve a noi, non sia da escludersi che quella disposizione possa con molto riserbo estendersi anche ad altri casi particolari, che con alcuni di quelli contemplati nell'articolo 296 abbiano un'analogia intima ed evidente; qui però, dove troviamo accennati gli atti di *accettare* o *ripudiare eredità*, non quello di abbandonare i beni della eredità accettata sotto benefizio d'inventario, non possiamo pareggiare tale abbandono a quello della rinunzia di eredità, che infatti ne differisce profondamente nei caratteri e negli effetti, e dobbiamo ritenere che autorizzato il tutore ad accettare l'eredità benefiziariamente — chè non può farsi altrimenti — sia da intendersi autorizzato con ciò stesso anche all'abbandono dei beni, se ne occorra il caso, essendo tale facoltà dipendente naturalmente da tale accettazione come uno degli effetti di essa. Tanto più che se veramente l'abbandonare i beni ai creditori ed ai legatari fosse, nelle circostanze particolari, da

reputarsi dannoso all'interesse del minore, sarebbe sempre in potere del consiglio di famiglia di vietare un tale atto al tutore, il quale dovrebbe osservare quella deliberazione.

Vi è una regola generale, applicabile a qualunque erede, sia egli maggiore o minore di età, che gli permette di accettare l'eredità, non ostante che l'abbia precedentemente rinunziata, purchè il relativo diritto non sia rimasto estinto per prescrizione, nè altri eredi abbiano ancora fatto atto di accettazione, e salve sempre le ragioni che terze persone avessero acquistate sui beni della eredità, sia in forza di prescrizione, sia per atti validamente fatti col curatore della eredità giacente (art. 950 codice civile).

Il codice Francese, che aveva un'identica disposizione generale nell'art. 790, ne aveva pure una speciale nell'articolo 462, che sotto le medesime condizioni espresse pei maggiorenni riammetteva anche il tutore di un minore di età a potere accettare una eredità prima ripudiata in nome del minore stesso; salvochè vi era espresso che il tutore dovesse farsi a ciò autorizzare con una *nuova deliberazione del consiglio di famiglia*, e non era previsto ed eccettuato in questa disposizione speciale, come lo era nella disposizione generale dell'art. 790, il caso che il diritto di riaccettare l'eredità precedentemente ripudiata fosse estinto per prescrizione. Alcuni commentatori del codice Francese pensavano che l'art. 462 consacrasse semplicemente un'applicazione speciale del principio stabilito nell'art. 790 (1). Altri però notavano la differenza di redazione tra queste due disposizioni, inquantochè nella prima era serbato un completo silenzio intorno alla prescrizione estintiva, sia del diritto di riaccettare l'eredità precedentemente ripudiata, sia di rivendicare i beni ereditari contro terzi possessori; e riferendosi al principio generale che *la prescrizione non corre contro i minori* (art. 2252 cod. Francese,

(1) V. Chardon *Traité des trois puissances*, parte III, n. 418; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 4.

art. 2120 cod. Italiano), ne argomentavano che si fosse inteso di ammettere il minore, o chi per lui, ad accettare di nuovo l'eredità ripudiata, senza che potesse essergli opposta la prescrizione pel tempo decorso durante la minore età (1).

Il nostro codice, coll'ommettere su questo argomento qualunque disposizione speciale nel capo della tutela, se n'è riferito ai principii generali: cioè alla disposizione dell'articolo 950, da combinarsi, per riguardo al minore, con quelle concernenti la sospensione della prescrizione (art. 2120 cod. civile).

Sarebbe quindi prematuro il discutere qui codesta questione, dipendente da principii e da disposizioni che debbono avere svolgimento in altra sede. Osserviamo soltanto, che la risoluzione deve dipendere dallo stabilire se nel caso d'una eredità devoluta a persona minorenne, e in nome di questa ripudiata prima, accettata poi, la prescrizione estintiva del diritto di accettare debba reputarsi decorrente contro il minore stesso personalmente, in virtù del principio che l'effetto della nuova accettazione fatta per lui retroagisce fino al giorno dell'aperta successione (art. 933 cod. civile), o invece quella prescrizione debba reputarsi decorrente contro l'*eredità giacente*, in forza dell'altro principio che la precedente rinunzia all'eredità ha fatto considerare il minore come se non fosse mai stato chiamato alla successione (art. 945 cod. civile); poichè nel primo di questi ordini di idee bisognerebbe ammettere che la prescrizione fosse rimasta sospesa durante la minore età dell'erede, nel secondo si dovrebbe ritenere che niuna sospensione di prescrizione si fosse verificata rimpetto alla eredità giacente. Ed è appunto sotto questo ultimo punto di vista che qualche scrittore nostro ha professata l'opinione che la disposizione generale dell'art. 950 sia appli-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, obs. IV, pag. 381; Marcadé, art. 462, t. II, n. 268; art. 790, t. III, § 3, n. 239.

cabile al minore anche quanto al non potersi da lui esercitare il diritto di accettare un'eredità precedentemente ripudiata, allorchè tale diritto sia estinto per la prescrizione computandovi il tempo decorso durante la minore età (1).

Come già abbiamo notato, il nostro codice, a differenza del cod. Francese, non esprime neppure che volendosi accettare in nome del minore un'eredità a lui devoluta, dopo averla ripudiata, sia necessario che il tutore vi si faccia autorizzare dal consiglio di famiglia con una nuova deliberazione. Tuttavia non è men certa questa necessità. La disposizione dell'art. 296, che vieta al tutore di *accettare eredità* senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, non ammette distinzioni; nè d'altra parte potrebbe avere alcun fondamento quella che volesse farsi tra il caso che l'accettazione avvenisse primitivamente, e dopo una rinunzia, poichè anzi questa medesima circostanza sarebbe un motivo di più per esigere una nuova deliberazione del consiglio di famiglia, che autorizzasse l'accettazione, essendo indispensabile ch'esso revocasse la deliberazione precedente che ordinava la rinunzia.

L'autorizzazione ad accettare un'eredità dev'essere data dal consiglio di famiglia in modo *espresso e speciale*, com'è disposto, con una regola comune per tutti gli atti d'autorizzazione, dall'art. 297 codice civile. Quindi non sarebbe mai lecito l'argomentare da qualunque altro atto del consiglio un'autorizzazione implicita ad accettare un'eredità. Così non potrebbe avere un tal valore la deliberazione con la quale il consiglio avesse abilitato il tutore a concorrere in rappresentanza del minore, per la quota di lui, in un'alienazione di beni ereditari (2).

Ma purchè l'autorizzazione sia data specificatamente per accettare quella determinata eredità, non importa poi che nella deliberazione non sia espresso doversi l'accettazione

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 627, pag. 1000.
(2) V. Laurent, t. V, n. 71, pag. 83.

stessa fare sotto benefizio d'inventario, essendo questa una condizione che procede direttamente e indispensabilmente dalla disposizione della legge, secondo l'articolo 930 del codice civile (1). Chè anzi tale condizione dovrebbe osservarsi quando pure il consiglio di famiglia avesse espressamente autorizzata l'accettazione pura e semplice; nè poi i fatti o gli atti del tutore potrebbero mai essere invocati per indurne che l'eredità fosse stata accettata tacitamente in modo puro e semplice, poichè questi atti, siccome contrari a leggi d'ordine pubblico, ed estranei ai poteri del tutore che li avesse compiuti, non potrebbero avere efficacia giuridica (2).

La sanzione delle disposizioni di legge, che vietano potersi accettare le eredità devolute ai minori, se non col benefizio dell'inventario e coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, consiste nella nullità relativa degli atti di accettazione pura e semplice, od anche di accettazione benefiziaria non autorizzata dal consiglio: nullità che potrebbe quindi essere opposta nell'interesse del minore ogni volta che venissero invocati contro di lui gli effetti giuridici ordinari di quegli atti di accettazione.

Similmente la disposizione, che proibisce la rinunzia delle eredità devolute al minore, se non sia stata autorizzata dal consiglio di famiglia, ha per sanzione la nullità relativa della rinunzia stessa. E l'annullamento produrrebbe allora un effetto rimarchevole; inquantochè l'eredità potrebb'essere accettata nell'interesse del minore, non ostante che fosse già stata nel frattempo accettata da altri eredi, a differenza del caso che già sopra accennammo, e che è contemplato nell'articolo 950 cod. civile. In questo caso, infatti, che suppone una rinunzia validamente fatta alla eredità, la rinunzia medesima, spogliando del diritto successorio colui che la emise, avrebbe prodotto un diritto

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 626, p. 999.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 702, 1°; Laurent, t. V, n. 71, pag. 84.

acquisito in favore degli altri successivamente chiamati alla eredità, i quali si troverebbero per legge investiti del diritto ereditario fin dal giorno dell'aperta successione; ed è una concessione di favore all'erede rinunziante l'essergli permesso di accettare ancora l'eredità qualora altri non ne abbia fatto prima atto di accettazione. All'opposto, se la rinunzia è annullata, dovendosi reputarla come non avvenuta, le cose ritornano nelle loro condizioni normali, secondo cui la facoltà di accettare un'eredità non si perde che col decorso di trent'anni (articolo 943 codice civile), senzachè possa nuocere a chi vi ha diritto l'accettazione che sia stata fatta precedentemente da successibili ulteriori.

260. 5) Il codice Francese (art. 463), e ad imitazione di esso, il Napoletano (art. 386) disponevano che “ la donazione fatta al minore non potesse accettarsi dal “ tutore, se non con l'autorizzazione del consiglio di fa- “ miglia „, ma accettata in tal modo producesse, riguardo al minore, lo stesso effetto che riguardo al maggiore. I codici Parmense (art. 256) ed Estense (art. 289), non avendo ammessa la istituzione del consiglio di famiglia, richiedevano per l'accettazione delle donazioni fatte a favore dei tutelati l'autorizzazione del giudice. Nessuno di quei codici distingueva tra donazioni pure e semplici, e donazioni soggette ad oneri; nessuno aveva disposizioni espresse intorno all'accettazione di legati particolari.

Intorno a questa vi era perciò molta discordanza di opinioni: qualcuno ritenendo indispensabile l'autorizzazione del consiglio, perchè l'art. 461 del codice Francese l'esigeva per *accettare o ripudiare una successione* devoluta al minore, la qual parola *successione* dovesse intendersi nel senso più lato, come comprensiva di qualunque specie di successione legittima o testamentaria, e quindi anche dei *legati a titolo particolare* (1); altri invece volendo distin-

(1) V. Laurent, t. V, n. 73, pag. 85.

guere tra legati universali o a titolo universale, e legati a titolo particolare (1); o in quest'ultimo caso volendo suddistinguere ancora, chi accordando al tutore facoltà libera di accettare la consegna di legati mobiliari, non quella di legati immobiliari (2); chi dicendo che al tutore non facesse bisogno dell'autorizzazione rimpetto ai terzi debitori dei legati, ma per le sue relazioni col tutelato, e specialmente quando al legato fossero apposti oneri, dovesse riportare l'autorizzazione per esimersi da responsabilità personale (3); chi in fine insegnando assolutamente la necessità dell'autorizzazione consigliare quando i legati particolari fossero soggetti ad oneri, e al contrario la libera facoltà del tutore nell'accettarli, qualora fossero puri e semplici (4). Una simile distinzione era stata adottata, ed estesa in genere ad ogni liberalità, dalla legge Toscana sulla tutela, la quale, dopo avere enumerati nell'articolo 52 gli atti ai quali i tutori o curatori non potevano procedere senza l'approvazione del giudice, dichiarava poi nell'articolo 53 che i tutori e curatori stessi " potranno bensì " *accettare liberamente ogni emolumento*, che *a titolo pura-* " *mente lucrativo* sopravvenga a vantaggio dei loro ammi- " nistrati ", dal che appariva dunque che i tutori dovessero riportare l'approvazione del giudice per accettare in nome del tutelato qualunque liberalità che non fosse pura e semplice, ma soggetta a qualche onere. Questa idea fu pure seguìta, quanto almeno alle donazioni, dal codice Albertino, che nell'art. 340 disponeva così:

" La donazione, che impone qualche obbligazione al " minore, non potrà accettarsi dal tutore, senza che egli " vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia. Tale dona- " zione produrrà, riguardo al minore, lo stesso effetto che " produce riguardo al maggiore ".

(1) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte, III, n. 419.
(2) V. Duranton, t. III, n. 582.
(3) V. Demolombe, t. VII, n. 708.
(4) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 11.

Il codice Italiano adottò la stessa massima, estendendola anche alle liberalità per atti particolari d'ultima volontà, poichè stabilì nell'art. 296 non potersi dal tutore, se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia, *accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni.*

Di questa disposizione abbiamo dovuto occuparci anche prima d'ora, dimostrando come ne risulti la facoltà libera concessa dalla legge al tutore di accettare quei legati o quelle donazioni, che *non siano soggetti a pesi o condizioni;* ed accennammo allora alle ragioni di questa distinzione fatta dalla legge nostra tra l'uno e l'altro caso, non essendosi il legislatore italiano preoccupato in questo particolare d'altri interessi del minore fuorchè dei pecuniari; ond'era conseguente che non potendo questi essere pregiudicati dall'accettazione d'una liberalità pura e semplice, ne fosse lasciata libera facoltà al tutore (1).

La legislazione francese e le altre, che l'avevano imitata, erano partite da un concetto diverso: avevano anzi considerato l'interesse morale più del pecuniario, e perciò avevano voluto l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè il tutore potesse in nome del minore accettare donazioni anche pure e semplici. “ Accettando una libe-
“ ralità, osservava qualche commentatore, si assicura al
“ benefattore sul minorenne quella viva influenza, che
“ nasce infallibilmente dalla generosità dell'uno e dalla
“ gratitudine dell'altro. È dunque importante di ben cono-
“ scere i costumi di questa persona, e di potersi convincere
“ della purezza delle sue intenzioni „ (2).

Altri avevano cercato anche altre ragioni d'interesse pecuniario, dicendo che il donatario può essere esposto ad una domanda di alimenti dalla parte del donante (articolo 955, n. 3, cod. Francese, 1081, § ultimo, cod. Italiano); che alla donazione possono essere apposti oneri da adem-

(1) V. sopra, n. 246, pag. 1130-1131.
(2) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 420.

piersi dal donatario; che dunque l'accettare una liberalità può pure portar pericolo di danno patrimoniale (1). Ma rispondevasi con ragione: che se in teoria è vero che il donatario è tenuto eventualmente a prestare gli alimenti al donante, in pratica ciò non si avvera, perchè non sono coloro i quali si trovino in condizioni di potere abbisognare di chiedere ad altri gli alimenti, che facciano donazioni: che se il legislatore si fosse determinato a prescrivere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, per potersi accettare le donazioni fatte al minorenne, in considerazione degli oneri che potessero essere apposti alle donazioni stesse, avrebbe limitata a quel caso la necessità dell'autorizzazione, mentre invece non aveva distinto tra le donazioni pure e semplici, e quelle che non lo fossero; che pertanto il vero e solo motivo della legge dipendeva da un *interesse morale*, superiore agli interessi pecuniari (2). Perchè dunque il nostro legislatore ha mostrato di preoccuparsi del solo interesse pecuniario, anzichè dell'interesse morale del minore, non assoggettando all'autorizzazione del consiglio di famiglia l'accettazione della liberalità a titolo particolare per atto di ultima volontà o tra vivi, fuorchè quando si tratti di *donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni?* Forse ha pensato, quanto all'interesse morale, che possa dipendere da motivi d'onore e di convenienza, i quali consiglino a rifiutare una liberalità — ed è questo il solo caso che possa supporsi in materia di beneficenza per atto d'ultima volontà, di legati — che l'apprezzare quei motivi e il determinarsi deve essere rimesso alla coscienza ed alla volontà individuale, e sarebbe troppo pericoloso il far dipendere dai sentimenti altrui la privazione a danno del minore d'una beneficenza di cui egli avrebbe potuto approfittare; che quanto all'altro aspetto, dei pericoli a cui potrebb'essere esposta la moralità personale del minore, per

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 704.
(2) V. Laurent, t. V, n. 79, pag. 89-90.

l'influenza che potrebbe esercitare su lui il donante, e per le male intenzioni da cui fosse mossa la liberalità di costui, la eccezionalità del caso dispensava dal doversene preoccupare troppo; oltre di che, se mai si verificasse che si presentassero e fossero giustificati tali timori, è da ritenersi che il tutore stesso non accetterebbe la donazione, o chiederebbe il voto del consiglio di famiglia, e in ogni caso questo potrebbe di propria iniziativa deliberare che la donazione non dovesse essere accettata.

Se invece si tratti di *donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni*, l'accettazione di quelle liberalità traendo seco l'assunzione degli oneri appostivi, è evidente la ragione per cui la legge ha subordinato all'autorizzazione del consiglio di famiglia un atto che può apportare effettivo detrimento, in luogo di vantaggio, al patrimonio del minore. Può apportarlo, specialmente se sia da adottarsi l'opinione di coloro i quali reputano che il donatario sia tenuto all'adempimento degli oneri inerenti alla donazione, anche per obbligazione personale, e sotto la guarentia di tutti i suoi beni; ma dato pure che dovesse prevalere la teoria opposta, secondo la quale il donatario potrebbe sempre liberarsi dagli oneri abbandonando la cosa donata, siccome quella per ragion della quale soltanto fosse tenuto, è chiaro ancora che non sarebbe rimosso pel minore ogni pericolo di perdita, poichè nel restituire la cosa donata egli sarebbe pecuniariamente responsabile verso il donante dei danni e delle deteriorazioni che alla cosa stessa fossero state arrecate per mala amministrazione (1).

Quantunque la legge parifichi in questa sua disposizione le *donazioni ed i legati*, non si può per altro disconoscere la differenza d'importanza che vi è nell'esigere l'autorizzazione del consiglio di famiglia per l'accettazione delle une e degli altri. La donazione non obbligando il donante, nè producendo gli effetti suoi, se non *dal giorno in cui*

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 704.

venga debitamente accettata (art. 1057, 1062 cod. civ.), l'autorizzazione del consiglio di famiglia è dunque indispensabile per dar vita giuridica perfetta alla donazione, e farla passare dallo stato di una semplice pollicitazione, a quello d'un contratto traslativo di proprietà. Fino a che quella formalità non sia adempita, la donazione rimane quindi revocabile a volontà del donante, e la morte o la sopravvenuta incapacità di costui, o la morte del minore possono renderla improduttiva di qualunque effetto. All'opposto il legato, che non sia soggetto a condizione sospensiva, conferisce al legatario, fin dal giorno della morte del testatore, un diritto acquisito a conseguire la cosa legata (art. 862 codice civile), od altrimenti glielo conferisce dal giorno in cui siasi verificato l'avvenimento della condizione o del termine incerto a cui sia stato subordinato. Non può dunque esser caso d'accettazione formale, che sia necessaria, come per la donazione, a rendere perfetto il legato; e se anche per esso l'art. 296 parla di *accettazione*, è solo in un senso relativo al *possesso*, alla *consegna* della cosa legata, che il legatario deve domandare all'erede (art. 863 cod. civile). Se questo possesso avesse a chiedersi con una domanda giudiziale, il tutore, per promuover questa, come qualunque altra azione in giudizio, avrebbe bisogno di farsi autorizzare dal consiglio di famiglia, secondo il disposto nell'alinea dell'art. 296. Se la consegna del legato vien fatta spontaneamente dall'erede, per poterla accettare, assumendo con ciò le condizioni o gli oneri apposti dal testatore al legato medesimo, occorre ancora l'autorizzazione del consiglio di famiglia per l'altra disposizione contenuta nel primo paragrafo dello stesso art. 296.

Il testo parla di *pesi o condizioni*, a cui siano soggette le donazioni o i legati. Or quelle due parole debbono qui intendersi nel loro proprio rispettivo significato, e come esprimenti idee e casi distinti? Ovvero il legislatore le ha usate come sinonimi, volendo accennare, e non altro, a donazioni o legati *sub modo?*

Parlando di liberalità soggette a *pesi,* il legislatore volle senza dubbio accennare in genere ai carichi, agli oneri, che vi siano apposti e le rendano *sub modo,* nel senso proprio di questa parola; sia poi che l'onere consista in una prestazione da adempiersi dalla persona gratificata, o in un determinato impiego a cui sia destinata la cosa formante oggetto della liberalità, nell'interesse del donante stesso o d'un terzo; chè se quella determinata destinazione della cosa fosse stata indicata *nel solo interesse del beneficato* stesso, non produrrebbe alcuna obbligazione giuridica, e si risolverebbe in una semplice raccomandazione o in un consiglio. Ma negli altri casi sopra cennati essendovi appunto una obbligazione giuridica, che viene assunta dal beneficato coll'accettazione della liberalità, e che potrebbe rendere questa illusoria, od anche arrecare danni superiori ai vantaggi, vi è dunque sempre il motivo della legge per richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia, affinchè i benefizi ed i carichi siano prudentemente bilanciati prima di accettar quelli sottomettendosi a questi.

Ma non ci sembra che in un senso altrettanto generale, secondo il suo proprio e naturale significato, debba intendersi l'altra parola *condizioni* usata nella disposizione stessa. Dato che una *condizione casuale* sia stata apposta ad una donazione, od una condizione simile od un *termine incerto* sia stato apposto ad un legato, qual ragione vi sarebbe per vietare al tutore di accettare la donazione o il legato se non vi fosse prima autorizzato dal consiglio di famiglia? La condizione dipendente da un evento fortuito terrà sospesi gli effetti della donazione, i quali, verificandosi quell'evento, retroagiranno poi fino al giorno in cui la donazione divenne perfetta; ma ciò non altera punto i benefizi derivabili da quella liberalità, quantunque condizionale; non aggiunge carichi al donatario, che possano esporre a detrimento il suo patrimonio. La stessa condizione, od il termine incerto apposto ad un legato, impedirà che il legatario abbia un diritto acquisito e trasmissibile

ai proprii eredi, di conseguire la cosa legata, finchè non si appuri, la condizione od il termine (art. 853, 862 cod. civ.); ma ciò stesso farà che prima di questo tempo non possa nemmeno parlarsi di accettazione del legato, nel senso inteso nell'articolo 296 e sopra spiegato, nel senso cioè di accettare l'esecuzione del legato medesimo; ed appurata poi che sia la condizione od il termine incerto, il legato avrà effetto come se fosse stato puro e semplice, nè vi sarà pel legatario alcun carico che possa motivare la necessità dell'autorizzazione consigliare. La sola condizione *potestativa* potrebbe prendere aspetto di un onere assunto dal donatario accettante la liberalità subordinata ad una simile condizione, consistente in una prestazione o in un fatto da compiersi da lui; ma è facile scorgere l'errore che s'incorrerebbe in questo modo di considerare le cose, dappoichè la condizione potestativa dipendendo sempre dalla volontà del contraente, che è libero di adempiere o non adempiere la condizione stessa, toglie qualunque idea di obbligazione giuridica per tale adempimento, e quindi ogni idea di *onere* che dal donatario accettante venga assunto.

Ci sembra dunque che nell'art. 296 il legislatore, parlando di *condizioni*, a cui siano soggetti i legati o le donazioni, abbia voluto riferirsi a quei *carichi*, che sebbene espressi *sotto forma di condizione*, costituiscano però, secondo la intenzione del disponente, un *puro modo* della liberalità, non una condizione vera e propria.

La disposizione, che vieta *al tutore* non autorizzato dal consiglio di famiglia di accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni, è generale; nè ammette distinzione fra tutori testamentari, legittimi, o dativi. Tuttavia vi è un'altra disposizione nel codice, che dev'essere combinata con questa, e può dar luogo a dubitare se anche i tutori legittimi debbano ritenervisi compresi. L'articolo 1059, nel secondo paragrafo, stabilisce che gli ascendenti d'un minore non emancipato, a cui sia fatta una donazione,

ancorchè non ne siano tutori, possono accettare per lui la donazione, ma in tal caso *è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile*. Or non è questa una derogazione alla regola generale dell'articolo 296, poichè tra gli ascendenti contemplati in genere nell'articolo 1059, vi sono anche l'avo paterno e l'avo materno, i quali in virtù dell'art. 244 possono essere *tutori legittimi del minorenne*, com'è previsto nello stesso articolo 1059? Non dovrà dunque ritenersi che nel caso di tutela legittima, non l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma quella del tribunale civile sia necessaria per poter accettare la *donazione* fatta al minore? Anche nel codice Francese l'art. 463 dichiarava che “ la “ donazione fatta al minore non potesse accettarsi dal “ tutore che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia „, e l'art. 935, § ultimo, diceva che “ ciò non ostante gli “ ascendenti del minore, *benchè non ne fossero tutori*, potes- “ sero accettare la donazione per lui „.

La dottrina era concorde nel ritenere, che anche quando gli ascendenti fossero tutori del minorenne, potessero accettare la donazione a lui fatta senza chiederne autorizzazione dal consiglio di famiglia, in applicazione dell'articolo 935, perchè così suonavano le parole di questa disposizione, e perchè d'altra parte agendo essi in doppia veste, di ascendenti e di tutori, non sarebbe stato ragionevole che quest'ultima qualità li privasse d'un'attribuzione che derivava loro dalla prima (1).

Però, com'è facile scorgere, la questione diviene notevolmente diversa nel codice nostro; giacchè non si tratta più di assoggettare come tutore all'adempimento d'una formalità abilitante colui, che come ascendente ha un potere libero, ma di cambiargli, perchè ascendente, le forme a cui quale tutore dovrebbe sottomettersi, sostituendo l'autorizzazione del tribunale civile a quella del consiglio di famiglia. E sotto questo punto di vista, non

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 705; Laurent, t. V, n. 80, pag. 90.

reputiamo adottabile per noi una risoluzione analoga a quella ch'era ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese.

Notiamo, prima di tutto, che pel caso in cui l'avo paterno o l'avo materno sia tutore del minorenne, al quale sia stata fatta una donazione, è il primo, non il secondo paragrafo dell'articolo 1059, che provvede, dicendo dover essere la donazione *accettata dal tutore*, epperò, s'intende, coll'osservanza delle norme stabilite per la tutela nell'articolo 296, cioè liberamente se la donazione è pura e semplice, con l'autorizzazione del consiglio di famiglia se la donazione è soggetta a pesi o condizioni. Nel secondo paragrafo, col manifesto intento di favorire la liberalità in pro dei minori facilitandone l'accettazione, il legislatore ha voluto concedere agli ascendenti del minorenne, *quantunque non ne siano tutori*, la facoltà di accettare la donazione fatta a lui, ma appunto per la eccezionalità di tale concessione, e in considerazione eziandio del conflitto che potrebb'esservi col genitore avente patria potestà, o col tutore del minorenne, o col consiglio di famiglia, i quali non volessero accettare la donazione, ha prescritto una maggiore cautela, dichiarando *necessaria l'autorizzazione del tribunale civile*, e l'ha prescritta indistintamente, tanto pel caso che la donazione essendo soggetta a pesi o condizioni, il tutore non potesse accettarla che con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, quanto per l'altro di una donazione pura e semplice, accettabile quindi liberamente dal tutore stesso.

Ora, se l'ascendente è ad un tempo tutore del minorenne, gli accennati motivi di richiedere questa speciale formalità dell'autorizzazione del tribunale civile evidentemente non sussistono più. D'altra parte, perchè mai il tutore, che come tale potrebbe accettare liberamente la donazione pura e semplice, diverrebbe soggetto all'autorizzazione del tribunale civile, per la circostanza che, oltre di essere tutore, fosse anche ascendente del minorenne?

E qualora la donazione fosse soggetta a pesi o condizioni, perchè mai la qualità di ascendente del minorenne, che il tutore avesse, dovrebbe rimuovere l'ingerenza ordinaria del consiglio di famiglia, per sostituirvi l'autorità del tribunale? A tutto ciò si aggiunga, che la disposizione dell'articolo 1059 riguardando le sole donazioni, avremmo questa singolare anomalia, che a fronte dell'articolo 296, il quale parifica completamente le donazioni ed i legati quanto alle forme da osservarsi per accettarli in nome del minore soggetto a tutela, l'avo paterno o materno di lui, che ne fosse anche tutore, sarebbe sempre soggetto all'autorizzazione del tribunale civile per accettare una donazione fatta al minore, fosse poi pura e semplice, o fosse soggetta a peso o condizione; mentre per l'accettazione dei legati sarebbe libero da qualunque formalità abilitante se essi fossero puri e semplici, e dovrebbe riportare l'autorizzazione, non del tribunale, ma del consiglio di famiglia, se quelli fossero soggetti a pesi o condizioni.

Crediamo dunque che l'avo paterno o materno, il quale sia anche tutore del minorenne, debba per l'accettazione delle donazioni o dei legati a questo devoluti uniformarsi in tutto alla disposizione dell'articolo 296, e quella dell'articolo 1059, § 2, non sia applicabile fuorchè agli ascendenti, i quali non siano nello stesso tempo tutori del minorenne.

Un'altra apparente antinomia riscontrasi pure tra la disposizione generale dell'art. 266 e quella contenuta nel § 3 dello stesso art. 1059 cod. civile. Quando sia il tutore stesso, che faccia una donazione al tutelato, non potendo quegli rappresentare nel medesimo atto le due parti di donante e di accettante la liberalità in nome del donatario questi dovrebbe, secondo la regola generale dell'art. 266, essere rappresentato in tale atto dal protutore. Ma nel terzo paragrafo dell'articolo 1059 è detto invece, che nel caso di donazione fatta dal tutore, possono accettarla gli

ascendenti coll'autorizzazione del tribunale civile, riservata al tribunale stesso la facoltà di poter anche nominare per tale accettazione qualunque altra persona. Ebbene: pare a noi che neppure con questa disposizione siasi inteso di derogar punto alle regole comuni circa l'amministrazione tutelare; ma solo di aggiungere un altro mezzo, col quale eccezionalmente, e per favorire appunto le donazioni che i tutori volessero fare ai loro pupilli, ne sia facilitata l'accettazione. A senso nostro, pertanto, la donazione fatta dal tutore al minorenne potrebb'essere accettata in nome di questo dal protutore, liberamente se la donazione fosse pura e semplice, coll'autorizzazione del consiglio di famiglia se fosse soggetta a pesi o condizioni; ma qualora l'accettazione non seguisse in questo modo normale, essa potrebbe anche esser fatta dagli ascendenti del minore, purchè essi vi si facessero autorizzare dal tribunale civile, fosse poi la donazione pura e semplice, od onerosa; e salvo sempre al tribunale di potere invece delegare per tale accettazione altra persona. Così si dovrebbero conciliare, ad avviso nostro, le due disposizioni degli art. 266 e 1059, § 3.

L'art. 296 assoggetta all'autorizzazione del consiglio di famiglia gli atti di *accettazione di donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni*, ma non ha disposizione alcuna che riguardi la *rinunzia di codesti legati*.

Dovremo dunque ritenere ch'essa debba comprendersi tra gli atti pei quali il tutore ha facoltà libera? In diritto francese era professata l'opinione negativa, e s'insegnava che per la ripudiazione di legati a titolo particolare fosse necessaria ma sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

Noi però dobbiamo tener presente la diversità di sistema del nostro codice, il quale negli articoli 296 e 301 stabilisce in modo particolareggiato quali siano gli atti della

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 709.

gestione tutelare che abbisognino dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, od inoltre della omologazione del tribunale, facendone una enumerazione tassativa nell'art. 301, dimostrativa nell'articolo 296, ma tale però da non potersi estendere, per lo spirito stesso della legge, se non a casi della più intima ed evidente analogia. In ordine alla rinunzia di legati fatti in pro del minore, ci sembra facile il persuadersi ch'essa, non solo si attenga per vincolo di analogia, ma veramente s'identifichi con uno degli atti contemplati in quelle disposizioni, e pel quale è richiesta non solo la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia, ma inoltre l'omologazione del tribunale. Basta infatti ricordare che, a norma dell'articolo 862, i legati, ancorchè disposti *sub modo*, purchè non soggetti a condizione sospensiva vera e propria, od a termine incerto, che equivale a condizione (e dimostrammo precedentemente come a quelli soli della prima specie si riferisca la disposizione dell'articolo 296 quando parla di *legati soggetti a pesi o condizioni*) attribuiscono al legatario fin dal giorno della morte del testatore un diritto acquisito a conseguire la cosa legata. Da ciò deve pertanto discendere che la rinunzia ad un legato acquistato costituisca abdicazione del diritto che si aveva già sulla cosa mobile od immobile formante oggetto del legato medesimo, salva la necessità che vi era ancora di chiederne il possesso all'erede, e quindi alienazione di un bene mobiliare o immobiliare. Siamo dunque nei precisi termini di quella parte dell'articolo 296 che stabilisce non potersi dal tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *alienare beni immobili o mobili*, e di quella parte dell'art. 301 che dichiara “ tutte “ le deliberazioni del consiglio di famiglia, per le quali “ siano autorizzati *atti d'alienazione*....., dover essere sotto- “ poste all'omologazione del tribunale „.

Non parliamo poi di *rinunzia a donazioni*, perchè prima della loro accettazione non può esser caso di rinunziarvi, bastando l'astenersi dall'accettarle per impedire che diven-

gano perfette, e producano i loro effetti, tanto più poi quelli della obbligazione a carico del donatario di adempiere gli oneri alla donazione annessi; e dopo l'accettazione, essendosi pel consenso delle parti formato un contratto perfetto, diviene impossibile per sola volontà del donatario o di chi lo rappresenta il revocare questo contratto, rinunziando ai diritti per esso acquistati e liberandosi corrispondentemente dagli oneri assunti (art. 1123 cod. civile), nè basterebbe a tale effetto il consenso anche del donante stesso qualora i carichi della donazione fossero stati stipulati a vantaggio di terza persona, la quale avesse dichiarato di volerne profittare (art. 1128 cod. civile). Che se poi per mutuo consenso del donante, di chi rappresenta legittimamente il donatario minore di età, ed anche dei terzi aventi diritti acquisiti, si volesse revocare la donazione già divenuta perfetta coll'accettazione, ciò sarebbe bensì fattibile legalmente, e potrebbe dar luogo in virtù della convenzione delle parti allo scioglimento retroattivo di tutti gli effetti tra esse verificatisi dipendentemente dal contratto, che considererebbesi come non mai avvenuto; ma in tal caso avverandosi indubbiamente un'alienazione di diritti, che farebbesi in nome del minore, spogliandolo di quelli che aveva acquistati pel contratto perfetto di donazione sui beni che ne formavano oggetto, si ricadrebbe quindi anche qui sotto l'applicazione di quelle disposizioni degli articoli 296 e 301, che per qualunque alienazione di beni immobili o mobili richiedono l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed impongono inoltre che la deliberazione di questo debba essere omologata dal tribunale.

261. L'accettazione d'una donazione onerosa, quando sia fatta dal tutore coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, rende perfetta fra le parti la donazione stessa; produce la traslazione della proprietà della cosa donata a favor del minore (art. 1057, 1062 cod. civile) spogliandone il donante irrevocabilmente, se pure non si verifichi

qualcuna delle cause di rivocazione tassativamente previste dalla legge (art. 1050 comb. cogli articoli 1078 e seguenti cod. civile); vincola il minore donatario come se egli stesso avesse fatta l'accettazione in istato di piena capacità, e lo obbliga quindi all'adempimento degli oneri che alla donazione sieno stati apposti.

Similmente l'accettazione di legati soggetti a pesi o condizioni, che il tutore abbia fatta coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, vincola irretrattabilmente il minore all'adempimento di quegli oneri, lo vincola con obbligazione personale, sotto la guarentia di tutti i suoi beni, sicchè deve soddisfare a quegli oneri, ancorchè eccedenti l'emolumento della liberalità accettata, e senza potersi liberare mediante l'abbandono dei beni legati (1).

Per contrario l'accettazione di donazioni onerose, o di legati soggetti a pesi o condizioni, che sia stata fatta da un tutore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, è annullabile; nè quindi può produrre a carico del minore il vincolo per l'adempimento degli oneri inerenti a tali liberalità, od almeno da quel vincolo può sciogliersi il minore stesso giunto a stato di capacità, o ne lo può fare sciogliere chi lo rappresenti durante l'età minorile, col mezzo dell'azione di nullità. La dichiarazione giudiziale di questa nullità avrebbe per effetto di rimetter le cose nello stesso stato in cui erano prima dell'accettazione; tracosicchè, quanto alla donazione, si avrebbe per non trasferita la proprietà dei beni donati al minore, e il donante ricupererebbe la facoltà di revocare la sua liberalità, come il minore donatario rimarrebbe sciolto dagli oneri che ad essa erano annessi; e quanto al legato, l'erede avrebbe diritto a farsi restituire la cosa legata, che avesse consegnata al tutore, e il minorenne rimarrebbe ancora sciolto dagli oneri stabiliti dal testatore, conservando tuttavia il diritto, che aveva, non per effetto dell'atto di accettazione,

(1) V. Aubry et Rau, t. I, §§ 715, 701, n. 17, 706, n. 10, 11.

ma sin dal tempo dell'aperta successione e in forza del testamento e della legge (art. 862 cod. civile), di conseguire la cosa legata sottomettendosi agli oneri a cui la liberalità del testatore era subordinata.

A questo punto però sorge in teoria un dubbio, che diede luogo a vivissima controversia nella dottrina francese antica e moderna. La nullità dell'atto, con cui il tutore, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, abbia accettata una donazione fatta al minore, è da riguardarsi come *relativa* a lui, secondo la regola generale che la persona capace non può opporre l'incapacità del minore con cui ha trattato (art. 1125, al. 2, cod. Francese, 1107 codice Italiano), o piuttosto è da considerarsi come *assoluta*, talchè possa essere opposta anche dal donante e dai suoi eredi od aventi causa? Due schiere di giureconsulti insigni combatterono per la risoluzione di questo quesito, propugnando opposte opinioni.

Gli uni, nell'autorizzazione del consiglio di famiglia per l'accettazione d'una donazione fatta in pro del minore, non vedevano che una formalità istituita per guarentia degli interessi di lui, e trovando assurdo e contrario allo scopo propostosi dalla legge che quanto essa determinò per protezione di persone incapaci potesse essere rivolto contro di loro, sostenevano non potersi trattare che d'una *nullità relativa*, opponibile solamente in nome e nell'interesse del minore (1).

Gli altri vi scorgevano un requisito indispensabile per integrare la capacità del tutore a rappresentare il minorenne nell'atto di accettare una donazione; vi scorgevano una condizione essenziale posta dalla legge a far parte di quelle forme estrinseche solenni volute nella donazione, e senza le quali essa non può prender vita giuridica; e ne

(1) Pothier, *Tr. des obl.*, n. 52; Toullier, t. III, n. 193, 196; Duranton, t. VIII, n. 435, 437; Marcadé, art. 935, V, t. III, n. 650 e seg.; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 479, n. (a); Demolombe, t. IV, n. 348; t. XX, n. 219; Laurent, t. XVI, n. 36, pag. 47.

conchiudevano che la nullità per difetto dell'autorizzazione consigliare dovesse ritenersi *assoluta* (1).

Gli argomenti, a cui si appoggiava quest'ultima opinione, sono i seguenti:

1° Il tutore, allorchè accetta una donazione fatta al tutelato, senz'averne l'autorizzazione del consiglio di famiglia, agisce fuori dei limiti del proprio mandato. L'atto ch'egli compie è dunque da considerarsi *inesistente in diritto*, come lo sarebbe pel mandante ordinario l'atto del mandatario che avesse eccedute le facoltà conferitegli (articoli 1742, 1752 cod. civile), come lo sarebbe l'atto di un estraneo a cui non fosse stato dato potere alcuno.

2° La donazione è un atto solenne, le cui forme stabilite dalla legge sono da riguardarsi come sostanziali, sicchè il loro difetto produce *l'inesistenza giuridica* dell'atto medesimo; e di tali forme fa pur parte quella che la legge prescrive per l'accettazione della donazione fatta ad un minore, senza la quale accettazione la donazione stessa non può divenire perfetta.

3° Alla regola generale, secondo cui la nullità degli atti per inosservanza delle forme stabilite nell'interesse dei minori è soltanto *relativa* ad essi, il legislatore volle fare eccezione quanto all'atto di accettare donazioni fatte in pro dei minori medesimi; e ciò appare evidente dal testo che dice la donazione essere perfetta *quando sia debitamente accettata*, mentre ciò non potrebbe dirsi verificato qualora l'accettazione fosse fatta senza le forme prescritte dalla legge (art. 938 cod. Francese, 1062 cod. Italiano).

4° La legge stessa caratterizza la donazione come un atto *irrevocabile* (art. 953 cod. Francese, 1050 cod. Ital.); nè si potrebbe qualificarlo per tale, se non avesse fermezza e stabilità che pel donante, e non pel donatario.

(1) V. Ricard, *Des donat.*, n. 845 e seg.; Merlin, *Rep.*, v° *Donations*, sect. IV, n. 4; v° *Mineur*, § 7, n. 1, 2; Delvincourt, t. II, pag. 72, n. 4; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, chap. XVI, sect. IV, pag. 479; Duvergier sur Toullier, t. III, n. 193, n. (a); Troplong, *Don. et test.*, t. I, n. 1117-1119, 1126; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 10; t. VII, § 652, n. 12.

5° Infine la nullità assoluta dell'atto di accettazione, che non sia conforme alle disposizioni della legge, è un mezzo indispensabile per la sanzione di esse, mentre se la nullità fosse relativa, l'azione corrispondente spetterebbe a chi generalmente non ha interesse ad esercitarla.

Confessiamo però che nessuna di queste considerazioni, per quanto gravi, sembrerebbe a noi decisiva.

Non reputiamo esatta l'idea, che accettando una donazione pel minore, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, il tutore agisca *fuori dai limiti del mandato* conferitogli dalla legge. Questo mandato è pieno, assoluto, per rappresentare il minore in qualunque atto della vita civile (art. 277 cod. civile). Il tutore, che accetta la donazione fatta al minore, non esercita dunque certamente un potere che non gli spetti. Se lo fa senza l'autorizzazione del consiglio, trascura una formalità, che la legge avea prescritta per guarentigia degl'interessi del minore: e ciò giustifica bensì l'*annullabilità* dell'atto nell'interesse di lui, ma non giustificherebbe che l'atto si considerasse *inesistente*, togliendogli così ogni effetto, non ostante che fosse vantaggioso al minore stesso, che la legge intese a proteggere.

Il dire che l'autorizzazione del consiglio di famiglia sia parte integrante di quelle forme solenni, che la legge rende *essenziali* per l'atto di donazione fatta ad un minore, sembra un errore manifesto. Ciò ch'è in ordine alle forme estrinseche, è sostanziale nella donazione, riguarda l'atto in sè stesso, ed è comune per chiunque sia il donante e il donatario; non può quindi riguardare allo stato speciale d'incapacità in cui si trovi costituito quest'ultimo. Sostanziale è la forma dell'*atto pubblico*, tanto per la manifestazione della volontà del donante, quanto per l'accettazione del donatario, se questa avvenga separatamente (art. 1056, 1057 codice civile). Ma l'autorizzazione del consiglio di famiglia serve, negl'intenti della legge, ad integrare la capacità del tutore per accettare la donazione fatta al minore, non a completare le forme solenni della donazione stessa.

L'argomentare dalle parole della legge, laddove dice che la donazione è perfetta solamente quando sia stata *debitamente accettata*, ha un valore molto dubbio; potendosi intendere che debba essere *accettata dalle persone che ne hanno la facoltà* secondo le disposizioni precedenti, e quindi *dal tutore*, se la donazione è fatta ad un minorenne; e potendosi dire *debitamente accettata rimpetto al donante* quando lo fu dal tutore, nonostante che sia stata ommessa una formalità richiesta a sola guarentigia degl'interessi del minore, e la cui ommissione produca perciò una nullità relativa a lui solo.

L'irrevocabilità della donazione è intesa dalla legge *in relazione al donante;* non volendosi permettere a lui di ritrattarla in danno del donatario, che l'abbia accettata, se non per una delle cause tassativamente determinate dalla legge stessa. Quella irrevocabilità non può quindi essere pregiudicata dall'annullabilità dell'atto di accettazione per una causa di nullità relativa al donatario minorenne.

Certo è poi che la sanzione della legge, da cui è prescritta per l'accettazione di donazioni fatte a persone minori di età l'autorizzazione del consiglio di famiglia, diverrebbe più grave quando l'atto di accettazione fatto senza quella formalità fosse colpito di assoluta inesistenza giuridica, anzichè di una semplice annullabilità relativa. Ma ciò non prova ancora che una tale maggiore sanzione sia indispensabile; chè anzi sarebbe meno appropriata, essendo naturale che l'osservanza di forme prescritte a sola guarentigia degl'interessi d'una determinata persona abbia per unica sanzione la nullità, relativa alla persona stessa, di quell'atto nel quale le forme predette non siano state adempite. E se questa persona ha interesse a mantenere l'atto, perchè si dovrebbe annullarlo a vantaggio dell'altra parte, che la legge non intendeva a proteggere colla prescrizione di quelle forme?

Con tutto ciò noi abbiamo nel codice attuale una dispo-

sizione, la quale sembra avere manifestamente accolti quei ragionamenti, che reputammo infondati in teoria.

L'art. 1061 dispone infatti che " se l'accettazione non " è fatta *nei modi stabiliti negli articoli precedenti*, la nul- " lità della donazione *può essere opposta anche dal donante*, " *dai suoi eredi od aventi causa* ".

È vero che *negli articoli precedenti* è detto soltanto che *la donazione fatta ad un minore non emancipato..... sarà accettata dal padre o dal tutore;* senz'aggiungere, come per l'accettazione dell'eredità, nell'art. 930, che l'accettazione debba esser fatta dal tutore *con le formalità stabilite nel titolo IX del primo libro*. Cosicchè sarebbe ancora sostenibile che la *nullità assoluta* dell'atto di accettazione fosse limitata al caso che tale atto si facesse da persone diverse da quelle destinate dalla legge a rappresentare in ciò l'incapace; e quando invece i legali rappresentanti di lui avessero accettato senz'adempiere le speciali forme abilitanti prescritte dalla legge, la nullità dovesse ritenersi, conformemente ai principii generali relativa soltanto. Ma ristretta così, la disposizione dell'articolo 1061 diverrebbe superflua. Ed è troppo evidente ch'essa fu scritta appunto per risolvere legislativamente la grave questione da tanto tempo dibattuta, e sulla quale si era ancora ben lungi dal vedere stabilita pacificamente una massima. Il nostro legislatore adottò l'opinione favorevole alla *nullità assoluta*, che d'altronde era sostenuta da gravissime autorità. Ciò è confermato inoltre da un altro riflesso. L'art. 1059, che è pure tra quegli *articoli precedenti*, a cui il 1061 si riferisce, ammettendo nel secondo paragrafo a poter accettare la donazione, fatta ad un minore, gli ascendenti di lui, quantunque non ne siano tutori, dichiara *necessaria in tal caso l'autorizzazione del tribunale civile*. Ora, se l'accettazione *non fosse fatta in tal modo*, cioè con tale autorizzazione, dovrebbe ritenersi, per testuale disposizione del predetto articolo 1061, che *la nullità della donazione potesse essere opposta anche dal donante, dai suoi eredi od aventi*

causa, il che val quanto dire che la nullità fosse *assoluta*. Quale contraddizione non s'indurrebbe dunque nella legge ritenendo, all'opposto, che la nullità della donazione, quando fosse accettata dal tutore *senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia*, dovesse ritenersi relativa soltanto?

Dobbiamo pertanto conchiudere colle stesse parole dei signori Aubry e Rau: “ Se avessimo a pronunciarci sulla “ questione in pura teoria, e secondo i principii generali “ di diritto, non esiteremmo a dire, che l'essere stata “ accettata pel minorenne una donazione dal suo tutore, “ senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, non deve “ produrre che una nullità relativa „.

Ma dobbiamo rispettare la legge, che ha chiaramente disposto in senso contrario.

Ciò ritenuto per le donazioni, reputiamo poi non potersi ammettere una massima diversa in ordine all'accettazione dei legati soggetti a pesi o condizioni, senza trarre il legislatore ad una nuova contraddizione. Anche qui dunque, se il tutore avesse accettata la consegna d'un tale legato senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, la nullità dell'atto potrebb'essere opposta, non solo nell'interesse del minore, ma eziandio dell'erede o di chi lo rappresentasse, che potrebbe quindi ripetere la restituzione della cosa formante oggetto del legato e consegnata al tutore.

262. 6) L'articolo 296 dichiara pure che il tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *non può fare locazioni eccedenti il novennio*. Della quale disposizione abbiamo dovuto occuparci altra volta, quando per argomento *a contrario* ne deducemmo che le locazioni per tempo non eccedente il novennio dovessero annoverarsi tra gli atti che il tutore può fare senza bisogno d'alcuna autorizzazione (1). Stabilimmo allora diversi principii, che qui gioverà il richiamare perchè varranno a chiarire

(1) V. sopra, n. 243, pag. 1108 e seg.

qualche punto dubbio anche relativamente alle locazioni per tempo eccedente il novennio, che vanno soggette all'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Dimostrammo come con questa proibizione al tutore, di convenire locazioni più che novennali, se non vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia non siasi fatto che applicare la regola generale dell'articolo 1572, secondo cui " la " locazione, che eccede i nove anni, non è permessa a co- " loro i quali non possono fare se non gli atti di semplice " amministrazione „. E questa regola giustificammo osservando, che sebbene anche la locazione a lungo tempo conservi sempre il carattere, che le è connaturale, d'un semplice atto d'amministrazione, pure per riguardo agli effetti che ne derivano, specialmente in forza dell'opponibilità della locazione ai terzi acquirenti della cosa locata (articolo 1597 cod. civile), sicchè può risultarne una diminuzione di valor capitale in questa, si è stimato prudente di equiparare, in ordine alle facoltà competenti agli amministratori di cose altrui, codeste locazioni a lungo tempo agli *atti di disposizione*. Per la stessa ragione furono annoverati tra gli atti, che per ottenere effetto riguardo ai terzi (articolo 1942 cod. civile) hanno bisogno d'essere resi pubblici mediante la trascrizione, anche " i contratti di " locazioni d'immobili eccedenti i nove anni „. Il nostro legislatore si è riaccostato così ai principii dell'antica giurisprudenza: secondo i quali, sul fondamento della L. 1, § 3, ff., Dig., *de superficiebus*, era comunemente ritenuto, che nella locazione fatta a lungo tempo se ne alterasse l'indole, trasformandola in una specie di traslazione del dominio utile, e rimanendo al locatore il solo dominio diretto (1); e che perciò a coloro i quali non potevano alienare i proprii beni fosse anche proibito di fare locazioni a lungo tempo.

Da queste osservazioni ne nasce naturalmente un'altra,

(1) V. Pacioni, *De locatione et conductione*, cap. IV, n. 3, 4; cap. XXVII, n. 3 4, 5.

della quale vedremo appresso la decisiva influenza nella risoluzione di qualche importante questione; ed è, che nella legislazione nostra sarebbe impossibile riguardare la disposizione proibitiva delle locazioni più che novennali non autorizzate dal consiglio di famiglia come attribuente ai minori una semplice *azione di riduzione* di quelle locazioni, che senza l'autorizzazione del consiglio fossero state fatte per tempo maggiore del novennio. Evidentemente è una *questione di capacità*, relativamente agli amministratori di beni altrui, che si è voluto risolvere colla regola generale dell'articolo 1572; e quando poi, in applicazione alla regola stessa, si è dichiarato nell'articolo 296 che i tutori non possano affittare i beni dei tutelati per più di nove anni, se non vi siano autorizzati dal consiglio di famiglia, è ancora una *limitazione di capacità* nell'esercizio delle loro attribuzioni, che si è imposta a questi amministratori; non una semplice *azione in riduzione*, che per eccezione di favore siasi voluto concedere al minorenne, per far limitare la soverchia durata di un contratto per sè stesso valido, siccome fatto da persona capace.

Nel luogo a cui sopra ci riferimmo, abbiamo stabiliti ancora altri principii:

che la disposizione dell'art. 296 circa le locazioni di beni del minore, quantunque abbia le sue più frequenti applicazioni ai beni immobili, dovrebbe però nella generalità sua essere osservata anche per le locazioni di beni mobili;

che la legge essendosi limitata a regolare *la durata* di tali locazioni, senza nulla prescrivere in riguardo al *tempo in cui il tutore possa convenirle*, non si farebbe luogo ad annullare quelle che il tutore avesse pattuite o rinnovate, per ragione della loro maggiore o minore anticipazione rispetto al tempo in cui dovesse cominciarne l'esecuzione, e solo la frode, di cui fosse stato partecipe il conduttore, potrebbe dar fondamento ad un'azione di nullità;

che le disposizioni dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 493, determinanti il tempo in cui un usufruttuario può fare o

rinnovare locazione dei beni usufruiti, e le conseguenze derivabili dall'averle pattuite o rinnovate con maggiore anticipazione, non sono applicabili alle locazioni dei beni di persone soggette a tutela, perchè non vi è analogia vera tra il caso dell'usufruttuario, il quale affittando esercita un diritto proprio, che può trovarsi in conflitto con quello del proprietario al tempo della consolidazione dell'usufrutto, ed il caso del tutore, che agisce sempre in rappresentanza del minore;

che il tutore può fare validamente un contratto di locazione, obbligando il minore ad osservarlo, non ostante che il contratto medesimo debba cominciare ad avere esecuzione soltanto dopo che sarà finita la tutela.

Non vi è bisogno di dire che queste ultime massime, enunziando le quali ci riferivamo alle locazioni fatte di propria autorità, secondo la legge, dal tutore, sarebbero per maggior ragione applicabili a quelle, che dovendo eccedere la durata di nove anni fossero state autorizzate dal consiglio di famiglia. Codesta autorizzazione, costituendo una guarentia maggiore pel tutelato, permetterebbe tanto meno di dubitare che avesse a reputarsi annullabile la locazione, perchè stabilita troppo prima del suo cominciamento, o perchè non dovesse avere esecuzione che dopo il tempo in cui l'amministrato sarà giunto a maggiore età. La deliberazione del consiglio assicura della necessità, o dell'utilità almeno, che non si differisse a fermare il contratto di locazione, quantunque dovesse eseguirsi assai più tardi; o che lo si stabilisse, non ostante che prima del suo cominciamento il minore fosse per trovarsi uscito di tutela.

Venendo ora a ciò che più particolarmente riguarda l'autorizzazione voluta dalla legge per le locazioni di durata superiore al novennio, è chiaro, senzachè occorrano molte parole a dimostrarlo, come una tale autorizzazione non possa limitarsi a dare facoltà al tutore di affittare per più di nove anni determinati beni, ma debba contemplare specificatamente i patti sotto i quali la locazione sia da

convenirsi, e il cui complesso può giustificare appunto la lunga durata della locazione stessa. Ammettendo la massima opposta, si abbandonerebbe totalmente al tutore l'apprezzamento dei motivi inducenti a vincolare per una locazione a lungo tempo i beni del minore; e ciò sarebbe manifestamente contrario al dettato e allo spirito della legge, che vieta potersi dare *in genere* l'autorizzazione del consiglio, e prescrive che debba essere *speciale per ciascun atto o contratto* (art. 297 cod. civile).

Su ciò non pare che possa esservi dubbio. Qualche difficoltà può invece presentarsi nel determinare la sanzione da cui debba reputarsi assicurata l'osservanza di questa disposizione di legge. Vi è un punto fondamentale, innanzi ogni altro, intorno al quale però sono sôrti dubbi che tennero discordi gli scrittori francesi. Una locazione eccedente il novennio, che sia stata convenuta dal tutore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, è da reputarsi *annullabile*, o soggetta soltanto, nell'interesse del minore, ad un'*azione in riduzione* del tempo per cui ha da durare? Le conseguenze della risoluzione del quesito nell'uno o nell'altro senso sono assai importanti, come vedremo appresso. Nel diritto francese non vi era disposizione che, come il nostro articolo 296, assoggettasse all'autorizzazione del consiglio di famiglia le locazioni di beni dei tutelati, le quali eccedessero il novennio. Solo era stabilito in genere, che agli affitti dei beni dei minori fossero applicabili le stesse regole stabilite per le locazioni dei beni della moglie amministrati dal marito; secondo le quali regole gli affitti convenuti per un tempo eccedente i nove anni non erano obbligatori per la moglie o i suoi eredi od aventi causa, in caso di cessazione della comunione di beni (e quindi nemmeno pei minori quando uscissero di tutela) fuorchè pel tempo che rimanesse a decorrere di quel primo od ulteriore periodo novennale che si trovasse allora in corso.

Nondimeno anche gl'interpreti di quel codice proponevano il quesito: se la locazione per tempo eccedente il

novennio dovesse considerarsi come nulla relativamente al tutelato, sicchè tale nullità potesse essere opposta, o la corrispondente azione essere esercitata, anche durante la tutela, e dal tutore stesso che avesse convenuta la locazione più che novennale, o piuttosto fosse soggetta ad una semplice *azione in riduzione*, esercibile unicamente dal minore quando fosse uscito di tutela.

La dottrina generalmente ricevuta fino ai tempi più recenti era per la nullità: e ciò pareva conforme al principio fondamentale, secondo cui ogni atto fatto nell'interesse di persona incapace, contravvenendo alle limitazioni apposte dalla legge all'esercizio dei poteri di chi è deputato a rappresentare l'incapace stesso, è da reputarsi nulla, di una *nullità relativa* a lui solo (1). I signori Aubry e Rau furono primi a manifestare una opinione contraria, che fu accolta in un arresto della Corte di cassazione francese, ed adottata anche dal Laurent (2). L'argomentazione di questi insigni giureconsulti non lascierebbe luogo a replica, una volta ammesso il principio da cui essi partono. Dicono che il codice Francese *non ha veruna disposizione la quale vieti al tutore di fare locazioni eccedenti i nove anni*; che quel codice si preoccupa esclusivamente del danno che codeste locazioni a lungo tempo possono arrecare, se ne preoccupa solo pel tempo che verrà dopo la cessazione della tutela; e per ripararvi concede al tutelato divenuto maggiore la facoltà di far limitare la durata di quelle locazioni al novennio, che è il termine massimo oltre il quale sono considerate come pregiudizievoli agl'interessi del minore. A prova di questo loro concetto osservano, che se la legge avesse veramente voluto proibire al tutore di convenire locazioni più che novennali, *avrebbe anche dovuto determinare sotto quali condizioni e con quale autorizzazione egli avesse potuto fare tali contratti*, ma al contrario non ne dice

(1) Marcadé, art. 460, § III, t. II, n. 264; Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 1, obs. I, pag. 371; Demolombe, t. VII, n. 640.

(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 62; Laurent, t. V, n. 47, pag. 54, 55.

parola; ch'essa rinvia all'articolo 1429, riguardante la locazione fatta dal solo marito, dei beni della moglie cadenti in comunione, per un tempo eccedente i nove anni: ed ivi pure non è detto, nè poteva dirsi, che il marito amministratore di quei beni non possa affittarli per più di nove anni, mentre questo pure è sempre di sua natura un atto di amministrazione, ma è detto soltanto che, *sciolta la comunione di beni*, la moglie può *domandare la riduzione della locazione* alla durata di nove anni. Da ciò deducono logicamente, che non può parlarsi in questo caso di *annullabilità* di un atto d'amministrazione fatto legittimamente dal tutore, a cui non è vietato per disposizione espressa di legge; ma si tratta unicamente di *azione in riduzione* della durata del contratto, azione esercibile solamente dopo finita la tutela.

Quanto a noi però, non è necessario indagare se l'accennata premessa sia così perfettamente esatta da giustificare il ripudio della teoria anteriormente professata dagli altri autori; poichè abbiamo un testo di legge ben diverso in questa parte dal codice Francese. Nel nostro articolo 296 è espressa la proibizione al tutore di fare da solo locazioni eccedenti il novennio, ed è d'altra parte chiaramente indicato quale condizione debbasi adempire, quale autorizzazione ottenere, per poter contrattare validamente affitti di durata superiore ai nove anni, essendo detto che *il tutore non può fare tali locazioni senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia*. Quando il tutore contravvenga a questa disposizione, ci troviamo dunque nel caso preciso di un atto, che veramente non potrebbe dirsi esorbitante dai limiti del mandato del tutore stesso, giacchè egli è rappresentante legittimo del minore in tutti gli atti della vita civile, e tanto più in quelli attinenti per la natura loro alla sola amministrazione; ma di un atto, nel compiere il quale l'esercizio del mandato legale attribuito al tutore era dalla legge stessa subordinato all'adempimento d'una formalità abilitante, la cui inosservanza ha quindi per sanzione

naturale, secondo i principii comuni, la nullità dell'atto medesimo, relativa a quella persona incapace nel cui interesse la formalità predetta era prescritta. Così, se da una parte sarebbe eccessivo l'immaginare che il contratto di locazione più che novennale, fatto dal tutore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, avesse da considerarsi come *inesistente in diritto*, pareggiandolo all'atto compiuto da un mandatario oltre i limiti delle facoltà conferitegli; d'altra parte poi sarebbe inammissibile nel diritto nostro l'idea d'una semplice azione in riduzione della durata del contratto, che fosse concessa dalla legge al minore, ed esercibile da lui solo dopo che fosse giunto alla maggiore età. Dobbiamo necessariamente attenerci, secondo il tenore delle disposizioni del nostro codice, alla teoria professata dal maggior numero degli autori francesi, e conforme d'altronde ai principii generali (art. 1303, n. 3, cod. civile), che l'inadempimento della formalità consistente nell'autorizzazione del consiglio di famiglia tragga seco la nullità relativa della locazione, che il tutore abbia convenuta per una durata eccedente il novennio.

Posta così questa massima, che ci sembra incontrovertibile, dee poi seguirne, e sta in ciò la maggiore importanza della questione, la necessità di riconoscere, che anche durante la tutela, e dallo stesso tutore che abbia convenuta senza la debita autorizzazione la locazione più che novennale, possa questa essere impugnata coll'azione di nullità. La legge si è mossa ad escludere dalla classe degli atti di semplice amministrazione, lasciati alla libera facoltà del tutore, queste locazioni a lungo tempo, in considerazione degli effetti che possono derivarne, dannosi allo stesso valor capitale della cosa locata, talchè possono sotto questo aspetto assomigliarsi in qualche modo ad atti di disposizione. Il minore ha manifestamente un interesse immediato, attuale, a non subire queste conseguenze dannose d'un atto illegittimamente compiuto. Deve dunque competergli anche durante la tutela l'azione di nullità.

E poichè l'esercizio di questa, come d'ogni altra azione, non può essere fatto per lui, se non dal tutore che legittimamente lo rappresenta, è logico il dedurne che anche quello stesso tutore, da cui la locazione eccedente il novennio sia stata convenuta senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, possa in nome del minore impugnarla di nullità per questa causa. Nè varrebbe l'opporre che al tutore non debba esser lecito di venire contro il fatto proprio; poichè egli non agisce in ciò a nome suo, esercitando un proprio diritto, ma nella qualità di tutore e rappresentando il tutelato; ed altri sono i rapporti tra quest'ultimo e il conduttore, in forza dei quali il tutore in questo caso agisce, altri i rapporti personali che possono intercedere dipendentemente dal medesimo contratto tra il tutore e l'altro contraente. In ordine ai quali ultimi rapporti, non si può certamente disconoscere che il tutore, il quale in rappresentanza del suo tutelato facesse annullare un contratto di locazione eccedente il novennio, perchè fatto senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, potrebbe poi essere personalmente tenuto verso il conduttore a risarcirlo dei danni derivanti da quello stesso annullamento, qualora avesse nel contratto assunta in proprio l'obbligazione di procurargli il benefizio dell'intiero godimento della locazione, o gli avesse nascosta la qualità in cui agiva; non in altri casi, nei quali il contraente avrebbe da imputare a se stesso gli effetti della propria imprudenza (1).

Ritenuto pertanto, che un contratto di locazione di beni del minore soggetto a tutela, fatto per più d'un novennio dal tutore non autorizzato dal consiglio di famiglia, possa essere impugnato con azione di nullità relativa, esercibile anche durante la tutela, e dal tutore stesso che lo abbia consentito, altri punti di dubbio rimangono ancora a risolversi, e cioè:

1° Se mediante l'esercizio di quell'azione si possa far

(1) V. Marcadé, Valette sur Proudhon, Demolombe, ll. cc.

annullare totalmente il contratto, o solo per quella parte della sua durata che avrebbe ad eccedere il novennio;

2° Se in quest'ultima ipotesi il conduttore possa pretendere di mantenere il contratto per tutto quel periodo novennale, computando dal giorno in cui ebbe principio la locazione, che si trovi in corso al tempo in cui sia promossa l'azione di nullità;

3° Se nella ipotesi negativa sulla precedente questione, il conduttore, che abbia già compiuto un novennio d locazione, possa essere espulso immediatamente, o abbia diritto, e per qual tempo, a rimanere in possesso.

Ammesso, come parve a noi, essere una vera e propria azione di nullità quella con cui in nome del minore si può impugnare un contratto di locazione dei suoi beni fatto dal tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, per un tempo eccedente il novennio: sembrerebbe a primo aspetto doversene dedurre, che l'annullamento avesse a colpire la locazione impugnata, non solo per il tempo che eccedesse il primo periodo di nove anni, ma anche per questo periodo stesso, in modo da farla cessare immediatamente. Sotto il codice Francese, era ritenuta una massima contraria; e si diceva che la nullità della locazione a lungo tempo poteva essere domandata, *per tutto il tempo che eccedesse il periodo di nove anni, qualora non fosse ancora cominciato il secondo periodo, o per tutto il tempo eccedente quest'ultimo, se già fosse in corso* (1). Ciò era ovvio per quella legislazione, la quale non assoggettava, come la nostra, le locazioni a lungo tempo alla formalità dell'autorizzazione consigliare, ma solo dichiarava che alle locazioni di beni dei minori dovessero applicarsi le stesse regole stabilite per le locazioni dei beni appartenenti a donne maritate; le quali regole consistevano poi nell'essere prescritto che le locazioni dei beni della moglie, fatte dal solo marito per un tempo eccedente i nove anni, dopo sciolta la co-

(1) V. Demolombe, l. c.

munione dei beni tra coniugi, non fossero obbligatorie per la moglie e pei suoi eredi *fuorchè per il tempo che rimanesse a decorrere, sia del primo periodo del novennio se esso non fosse scaduto, sia del secondo, e così successivamente, di maniera che l'affittuario non avesse se non la ragione di godere del fondo locato soltanto fino al compimento del periodo del novennio che durasse ancora*. Ma noi, che nell'articolo 296 del nostro codice abbiamo una disposizione la quale assoggetta alla formalità dell'autorizzazione consigliare le locazioni eccedenti il novennio, che abbiano a farsi nell'interesse d'un tutelato, quando per la inosservanza di queste formalità si promuova, a termini dell'articolo 1303, n. 3, l'azione di nullità del contratto, non dovremmo applicare il principio generale, secondo cui *la nullità dichiarata ha per effetto di rimetter le cose nell'identico stato in cui erano anteriormente alla formazione dell'obbligazione annullata?* Non dovremmo dunque dedurne che, annullato il contratto di locazione più che novennale fatto dal tutore non autorizzato, quella locazione non potesse avere alcun effetto, nemmeno pel tempo del primo novennio, sebbene questo fosse ancora in corso?

Per altro dobbiamo riflettere a quella che è la causa della nullità in questo caso speciale. Essa non dipende dalla mancanza dell'autorizzazione consigliare per il contratto di locazione in se stesso; chè fino a quando questo rimanga nei limiti d'un atto di semplice amministrazione, secondo la disposizione generale dell'articolo 1752, è anzi nelle libere facoltà del tutore; ma dipende dall'essersi omessa quella formalità in un contratto di locazione la cui durata doveva eccedere i nove anni. La nullità deve dunque colpire la locazione solo in quanto avrebbe a sorpassare nella sua durata questo limite del novennio; e il conduttore, contro cui s'intenti l'azione di nullità, e in base di essa si chiegga la cessazione immediata della locazione, ha ragione di opporre che il tutore aveva qualità legittima per convenire con lui la locazione che gli ha concessa,

poteva farlo efficacemente per fino ad un novennio, epperò questa parte utile del contratto non deve esser viziata dalla parte inutile pel tempo che seguirà dopo il compimento di quel periodo.

Ma qui appunto si presenta naturalmente il secondo dei quesiti che ci proponemmo. Il conduttore non potrà spingersi più oltre ancora, e se gli sia intentata l'azione di nullità allorchè già sia cominciato un secondo periodo novennale, non potrà opporre di aver diritto a continuare nella locazione finchè anche questo secondo periodo non sia compiuto? Per sostenere ciò egli non potrebbe certamente fondarsi nella considerazione che abbiamo creduto valergli affin di mantenere a proprio favore la locazione per tutto il primo novennio. Il contratto, in quanto vi era stabilito che dovesse durare, non per soli nove, ma per diciotto anni, eccedeva le facoltà libere del tutore, era soggetto ad una formalità abilitante, che non venne osservata, ed è perciò questa parte appunto del contratto che rimane colpita dalla nullità; la quale, dichiarata che sia, deve produrre tutto il suo effetto, facendo considerare in questa parte il contratto medesimo come non avvenuto. La pretensione del conduttore non potrebbe trovare, per quanto vediamo noi, altro appoggio che in un argomento di analogia, che egli volesse dedurre dalla disposizione dell'articolo 493, dove è stabilito che “ le locazioni, fatte dall'usu-
“ fruttuario per un tempo eccedente i cinque anni, non
“ sono durevoli, nel caso di cessazione dell'usufrutto, se
“ non *per il quinquennio che si trova in corso al tempo in*
“ *cui cessa l'usufrutto, computando il primo quinquennio dal*
“ *giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri succes-*
“ *sivi dal giorno della scadenza del precedente quinquennio* „.
Così, potrebbe dirsi, salva la differenza del periodo quinquennale in un caso, novennale nell'altro, la locazione fatta per più di nove anni dal tutore non autorizzato non sarà durevole *se non pel novennio che si trovi in corso al tempo in cui, finita, od anche durante la tutela, sia domandata la*

nullità della locazione stessa. Ma dimostrammo già come non corra una vera analogia tra il caso dell'usufruttuario, che locando agisce unicamente in nome e nell'interesse proprio, e quello del tutore, che invece agisce sempre esclusivamente in rappresentanza del tutelato; e questa stessa ragione, per la quale dicemmo inammissibile l'estensione congrua del disposto nel § 2 dell'articolo 493 alle locazioni fatte dal tutore pel minorenne, ci porta pure a dovere negare che sia ad esse estensibile la disposizione del § 1 del medesimo articolo. Questa disposizione infatti non stabilisce, come l'articolo 296, una *limitazione di capacità a fare contratti di locazione, ma una limitazione di durata delle locazioni fatte dall'usufruttuario*, pel tempo in cui cesserà l'usufrutto, e nell'interesse del proprietario che ne riceverà la consolidazione. Si comprende pertanto che l'usufruttuario stesso non potendo essere ammesso mai ad impugnare le locazioni, anche a lungo tempo, ch'egli abbia fatte nell'interesse proprio, e solo spettando al proprietario un'*azione in riduzione* esercibile dopo che l'usufrutto siasi consolidato colla proprietà, la riduzione debba sempre portarsi, e non altro, su *quel periodo quinquennale che si trovi in corso al tempo della cessazione dell'usufrutto.* Ma non si comprenderebbe che trattandosi invece d'un'*azione di nullità* contro una locazione fatta dal tutore in rappresentanza del minorenne, per tempo maggiore di quello pel quale avrebbe avuto facoltà libera, e senza l'adempimento della formalità prescritta dalla legge per una locazione più lunga, d'un'azione di nullità che perciò può essere esercitata anche durante la tutela e dal medesimo tutore che fece il contratto da annullarsi, dovesse questo essere mantenuto per un secondo periodo novennale, in onta alla legge, che lo permetteva al tutore non autorizzato, pel solo tempo di nove anni.

Resta ora a vedersi se il conduttore avendo già compito il primo novennio di locazione allorchè s'intenti contro di lui l'azione di nullità del contratto, nè potendo pretendere

a continuare la locazione stessa fino al compimento di un secondo periodo simile, abbia almeno il diritto di rimanere in possesso della cosa locata, o per l'anno in corso, o per altro tempo minore del novennio. Intorno a che non si potrebbe certo pensare a seguir la regola stabilita per le locazioni fatte dall'usufruttuario, nell'ultimo paragrafo dell'articolo 493, ostandovi anche qui la già notata mancanza di analogia tra il caso ivi contemplato e quello di una locazione fatta per tempo maggiore di quello che è permesso, dal tutore non autorizzato. Là si tratta di una locazione fatta validamente, e solo riducibile per la debita conciliazione degl'interessi dell'usufruttuario o dei suoi eredi od aventi causa da una parte, e del proprietario dall'altra; qui invece si tratta d'una locazione fatta nullamente quanto alla sua durata maggiore di un novennio, e la cui nullità dichiarata dee farla considerare come non avvenuta. Ci sembra conseguente l'assimilare questo caso a quello d'una *locazione fatta senza determinazione di tempo*, ed applicare perciò, se la locazione abbia per oggetto una casa, la disposizione dell'articolo 1609, se abbia per oggetto un fondo rustico, la disposizione dell'art. 1622 del codice civile.

263. 7) *Il tutore e il protutore*, dice l'articolo 300 del cod. civile, *non possono prendere in affitto i beni del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.* E come questo caso non si trova poi compreso tra quelli, nei quali per disposizione *tassativa* del seguente articolo 301 la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia dev'essere omologata dal tribunale, così non è dubbio che codeste locazioni dei beni del minore a profitto del tutore o del protutore debbano annoverarsi tra gli atti pei quali l'autorizzazione consigliare è necessaria, ma sufficiente.

Disposizioni simili avevansi anche nei codici Francese (articolo 450, § 3), Napoletano (art. 373, § 3), Albertino (articolo 315, § 2). Senonchè in questi si parlava soltanto

del tutore, mentre il codice Italiano ha estesa espressamente la medesima regola anche al *protutore*. E ciò è giusto, perchè vi sono motivi, se non identici, pure certamente abbastanza gravi, per proibire anche al protutore di prendere in affitto i beni del minore, se non intervenga l'autorità del consiglio di famiglia a riconoscere che ciò possa farsi utilmente nell'interesse del minore medesimo.

Anche tra i commentatori del codice Francese, alcuni infatti opinavano che la disposizione dell'articolo 450, quantunque parlasse del tutore, fosse da applicarsi parimente al surrogato tutore (1); sebbene, per verità, questo estendere per analogia una disposizione che stabiliva a carico del tutore una incapacità a fare contratti di locazione in proprio favore sui beni del tutelato, eccettuandone il caso in cui fosse intervenuta una deliberazione del consiglio di famiglia che avesse autorizzato il surrogato tutore a fargliene l'affitto, non potesse andare immune da qualche difficoltà non lieve. Il nostro legislatore, avendo reputato conveniente che si applicasse la medesima regola tanto al tutore che al protutore, ne ha fatto oggetto di una disposizione espressa, risolvendo opportunamente la questione nel senso più razionale.

Non era infatti ammissibile, come regola generale, che il tutore potesse indifferentemente dare in locazione i beni del minore ad altri, o prenderli egli stesso a tale titolo, o concederli invece al protutore. È vero che non è escluso in genere potersi validamente stabilire contratti tra il tutore e il minore, salvo il dover essere rappresentato quest'ultimo, in tali casi, dal protutore, secondo il disposto dell'articolo 266. È vero pure che nel sistema della nostra legge, la quale togliendo al protutore ogni partecipazione attiva e immediata nella gestione tutelare, salvi sempre i casi di eccezione previsti nel citato articolo 266, volle solo riserbargli una sorveglianza generale sull'andamento

(1) Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 671; Demolombe, t. VII, n. 787.

della tutela (1), non può riscontrarsi, tra i doveri di ufficio del protutore stesso, e gl'interessi suoi come contraente la conduzione dei beni del minorenne, quella diretta opposizione, che invece si verifica evidentemente qualora sia il tutore stesso che voglia rendersi conduttore di quei beni. Non è men vero però che anche cogli obblighi del protutore, il quale dovrebbe per ufficio suo vegliare acciocchè non venissero conchiusi contratti dannosi al minore, fossero pure di semplice locazione, troverebbesi in conflitto l'interesse suo personale, qualora egli stesso avesse a condurre in affitto i beni del minore; e che se si lasciasse perfettamente libero il tutore, come nell'affittare ad altri per non più di un novennio i beni del minore, così nel prenderli per sè, o nel concederli al protutore, potrebbero facilmente nascer pericoli, e se non altro sospetti, di collusione fra tutore e protutore in danno dell'amministrato. Così è che anche al protutore, come al tutore, è assolutamente vietato, sia dallo stesso articolo 300 nella sua prima parte, sia dall'articolo 1457, § 3, di comprare nemmeno all'asta pubblica i beni del minore, e di accettare la cessione di qualunque ragione o credito verso il medesimo.

Una proibizione così assoluta non sarebbe però stata conveniente rispetto ad un semplice contratto di locazione, i cui effetti riguardano le rendite, non la sostanza capitale del tutelato, e in ordine al quale possono d'altra parte verificarsi circostanze, che rendano anzi vantaggioso all'interesse del minore il conchiuderlo col tutore o col protutore, anzichè con altri; come, per esempio, se la stretta parentela fra il tutore o protutore ed il tutelato, la conosciuta probità e capacità loro, il disinteresse dimostrato verso quest'ultimo, la conoscenza che abbiano dei beni da locarsi, l'averli tenuti precedentemente in affitto, l'avere vicini altri beni ai quali quelli del minore possano utilmente essere riuniti in una sola azienda, porgano fon-

(1) V. sopra, n. 112, pag. 481 e segg.

dato argomento per ritenere che appunto il contratto di locazione proposto col tutore o col protutore sia il più conveniente per l'interesse del minore. Solo era necessario che l'apprezzamento di tali circostanze non fosse lasciato all'arbitrio degli stessi tutore e protutore, i quali dal proprio interesse potrebbero esser tentati a colludere in danno del minore, ma fosse invece deferito al criterio prudente e imparziale d'un'autorità superiore: ciò che appunto ha fatto la legge disponendo che i contratti d'affitto dei beni del minorenne, col tutore o col protutore, debbano essere autorizzati dal consiglio di famiglia.

Siccome il testo parla in genere di *prendere in affitto i beni del minore*, così è indubitabile che la medesima disposizione comprende tanto la locazione di case, quanto quella di fondi rustici: oltre di che non può scorgersi, come è chiaro, alcuna differenza di motivi tra l'un caso e l'altro.

L'autorizzazione del consiglio di famiglia deve essere data *pel contratto di locazione*, che sui beni del tutelato vogliasi stipulare dal tutore a profitto proprio, facendo intervenire il protutore a rappresentare il minorenne, o vogliasi consentire dal tutore a vantaggio del protutore stesso. E combinando ciò col principio della *specialità*, che costituisce un carattere essenziale dell'autorizzazione data dal consiglio di famiglia nei casi in cui è prescritta dalla legge (art. 297 cod. civile), crediamo che per soddisfare alla disposizione di essa non basterebbe l'autorizzarsi dal consiglio il tutore a convenire col protutore, o questo con quello, la locazione di determinati beni del minore, ma converrebbe che i patti stessi della locazione da stipularsi fossero esaminati ed apprezzati dal consiglio, e in base di essi fosse data l'autorizzazione.

A questa nostra opinione è contraria, veramente, l'autorità di due insigni giureconsulti; l'uno dei quali ha insegnato che l'autorizzazione del consiglio di famiglia debba intervenire soltanto *per abilitare il surrogato tutore a consentire la locazione*, ma a questo spetti poi esclusivamente

di *regolare col tutore le condizioni dell'affitto*, senza bisogno d'una ulteriore autorizzazione del consiglio per convalidare il contratto (1); e l'altro, approvando in massima questa teoria, come conforme al testo dell'articolo 450 del codice Francese ed ai principii generali, soggiunge però che il consiglio di famiglia potrebbe voler esaminare le condizioni del contratto che si propone, e approvarle, o respingerle, o sostituirne od aggiungerne altre, deliberando che altrimenti il contratto non potesse farsi (2). Tuttavia, sia di fronte ai principii generali, sia tanto più di fronte al testo espresso del nostro articolo 297, il quale per qualunque atto di autorizzazione, che il consiglio di famiglia sia chiamato a dare, esige come condizione essenziale la *specialità*, a noi sembra inammissibile la validità dell'atto con cui il consiglio avesse abilitato il tutore o il protutore a procedere l'uno rispettivamente coll'altro ad un contratto di locazione dei beni del minore, prescindendo affatto dalle condizioni, principali almeno, dalle quali il contratto medesimo dovesse essere regolato. È verissimo che trattandosi di locazione non eccedente il novennio, il regolarne le condizioni spetterebbe, secondo i principii generali, liberamente al rappresentante legittimo del minorenne al tutore od al protutore; e che, se si richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia, è solo *per ragione della persona* che verrebbe a stipulare nel contratto come conduttore. Ma se questa sola è la ragione che rende necessario l'intervento del consiglio di famiglia, è certo altrettanto che il consiglio stesso non potrebbe dare l'autorizzazione, soddisfacendo agl'intenti della legge che la richiede, senza occuparsi di esaminare le condizioni sotto le quali il contratto si farebbe, e dal cui complesso soltanto può risultare la convenienza, o non, di esso, per l'interesse del minore: quella convenienza appunto che può far luogo

(1) V. De Freminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. I, n. 545.
(2) V. Demolombe, t. VII, n. 785.

a derogare ai principii, secondo i quali il tutore e il protutore non dovrebbero essere ammessi a stipulare nel proprio interesse contratti, fossero pure di semplice locazione, sui beni del tutelato.

Una sola di queste condizioni, concordata tra il tutore e il protutore indipendentemente dal consiglio, potrebbe compromettere gravissimamente gl'interessi del minore, rendere dannoso per lui il contratto, rendere illusorio l'aver chiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

La mancanza dell'autorizzazione voluta dalla legge, produrrebbe, secondo i principii comuni, la nullità del contratto; nullità relativa, proponibile quindi nel solo interesse del minore sia da lui stesso giunto che fosse a stato di capacità, sia dal suo rappresentante legittimo anche durante la tutela. Così, se fosse il tutore che avesse presi illegittimamente in affitto i beni del minore, il contratto potrebb'essere impugnato per nullità da un nuovo tutore, che fosse subentrato a quello, od anche non essendo mutato il tutore, dal protutore, che a termini dell'articolo 266 si fosse fatto autorizzare dal consiglio a promuovere una tale azione in giudizio contro il tutore stesso. Se poi la locazione fosse stata stipulata a suo pro dal protutore, sarebbe il tutore che potrebbe domandarne la nullità, salva sempre la necessità dell'autorizzazione del consiglio per poter promuovere l'azione, quand'anche fosse quel tutore medesimo che avesse fatto in nome del minore il contratto impugnato.

È superfluo il dire che l'azione di nullità avrebbe luogo parimente, quand'anche il tutore o il protutore si fosse reso conduttore dei beni del minorenne senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, valendosi d'una *interposizione di persona;* chè non potrebbesi eludere impunemente con un sotterfugio fraudolento la proibizione della legge (1).

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 786; Laurent, t. V, n. 69.

Ma non parrebbe ammissibile l'insegnamento di qualche autore, che le presunzioni d'interposizione di persona stabilite dalla legge in ordine agli atti di liberalità tra vivi o d'ultima volontà (articoli 773, 1053 codice civile) fossero applicabili anche in questa materia (1), non potendo una presunzione legale derivare da altro che da espressa disposizione della legge (2).

264. In tutti i casi, nei quali vedemmo essere richiesta dalla legge per determinati atti, da farsi nell'interesse e in nome del minore, l'autorizzazione del consiglio di famiglia, questa " non può essere data in genere, ma deve " essere *speciale* per *ciascun atto o contratto* ". Tale è la formola testuale dell'articolo 297 del nostro codice. E invero un'autorizzazione *data in genere* non potrebbe soddisfare allo scopo della legge, poichè non dipenderebbe da un apprezzamento, che con cognizione di causa fosse stato fatto dal consiglio intorno alla convenienza dell'atto per l'interesse del minore, ma si ridurrebbe in sostanza ad un voto di fiducia dato dal consiglio al tutore.

Tuttavia non è senza qualche difficoltà il determinare il senso preciso da attribuirsi alla formola sopra riferita dell'art. 297. Quando si parla d'*autorizzazione data in genere*, s'intende di quella sola che riguardi tutta una categoria di atti, abilitando, per esempio, il tutore ad *accettare qualunque eredità si devolvesse al minore*, od a riscuotere qualunque capitale di cui si verificasse la scadenza, e farne impiego nel modo che il tutore stesso reputasse migliore, od a fare qualunque locazione dei beni compresi nella tutela per tempo eccedente il novennio, e simili? E basterà, perchè l'autorizzazione possa dirsi *speciale* nel senso voluto dalla legge, che sia indicato particolarmente l'atto o il contratto pel quale s'intende concederla, ancorchè nell'autorizza-

(1) V. Duranton, t. III, n. 588.
(2) V. Laurent, t. V, n. 69 in f.

zione non siano contemplate le condizioni e i patti speciali sotto cui quell'atto o contratto debbasi fare? In massima, non crediamo potersi rispondere affermativamente a tali quesiti; e per quelle stesse ragioni che già esponemmo trattando dell'autorizzazione maritale (1) reputiamo indispensabile che la deliberazione del consiglio, oltre a determinare singolarmente l'atto o il contratto a cui s'intende di abilitare il tutore, ne contempli abbastanza specificamente le condizioni ed i patti principali e sostanziali, affinchè possa dirsi che l'autorizzazione sia stata data con cognizione di cose circa l'utilità e la convenienza nell'interesse del minore, dell'atto che si approvava. Ben s'intende che ciò non può essere applicabile che ad alcuni atti o contratti, essendovene altri la cui natura semplicissima non potrebbe lasciar luogo a richiedere altro di più che la semplice indicazione particolare dell'atto autorizzato; quali sono l'accettazione o la rinunzia d'una eredità, l'accettazione d'un legato *sub modo*, la riscossione di un capitale.

(*c*).

Degli atti pei quali la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia dev'essere omologata dal tribunale.

Sommario. — 265. Determinazione degli atti da comprendersi in questa categoria. — 266. 1) Atti di alienazione. — 267. Generalità delle disposizioni che li riguardano, per qualunque sia la specie di quella alienazione che si tratti di fare. — 268. Nè vi è luogo a distinzione per la qualità dei beni che abbiano a formare oggetto dell'alienazione. — 269. È indifferente del pari quale sia il titolo e quale la causa dell'alienazione stessa. — 270. Quali siano i poteri del consiglio di famiglia e del tribunale in ordine all'autorizzazione per l'alienazione dei beni del minorenne. — 271. Casi di alienazione di beni del minorenne, ai quali non possono applicarsi le disposizioni degli articoli 296 e 301. — 272. 2) Mutui passivi. — 273. 3) Atti costitutivi di pegno o di ipoteca. — 274. Se l'autorizzazione del consiglio di famiglia o l'omologazione

(1) V. vol. V, parte II, n. 244, pag. 201 e seguenti.

del tribunale siano necessarie anche per la costituzione di un'anticresi? — 275. 4) Divisioni. — 276. 5) Transazioni. — 277. 6) Compromessi. — 278. Tempo in cui debbono esser date l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale nei casi determinati dalla legge.

265. Nell'art. 296, del quale abbiamo dovuto finora così a lungo occuparci, sono enumerati gli atti che il tutore non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma questa disposizione è poi completata dall'altra del successivo art. 301, dove fra i predetti atti ne sono scevarati alcuni pei quali le deliberazioni autorizzanti del consiglio debbono inoltre essere sottoposte all'omologazione del tribunale. Sono quelli, che, contenendo disposizione diretta o indiretta dei beni del minore, possono più facilmente e più gravemente arrischiarne la sostanza patrimoniale; ond'è che per quanta fiducia si avesse nell'opera del consiglio di famiglia, si reputò opportuno, per maggiore cautela dei tutelati, di assoggettare le deliberazioni consigliari alla revisione ed approvazione dell'autorità giudiziaria. Così è ancora dal confronto di questi due articoli 296 e 301 che dobbiamo trarre la determinazione degli atti i quali vanno soggetti alla duplice formalità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia e dell'omologazione del tribunale; tenendo presente ch'essi non possono essere altri che quelli i quali si trovino espressamente indicati sì nell'uno che nell'altro dei citati articoli. Poichè, come argomentammo in altro luogo, se la disposizione dell'articolo 296 è suscettibile d'essere estesa per analogia a qualche caso particolare che non vi si trovi letteralmente accennato, ma con alcuno di quelli ivi espressi abbia identità vera di caratteri e di effetti giuridici, e di conseguenze pericolose per gli interessi del tutelato, quella invece dell'articolo 301 vuol essere strettamente applicata, siccome recante eccezione al principio generale in virtù di cui le deliberazioni del consiglio di famiglia hanno in se stesse la virtù necessaria per dover essere eseguite, indipenden-

temente da qualunque ulteriore formalità a cui non siano espressamente sottoposte dalla legge (1); talchè tutti quegli atti dei quali, sebbene compresi nella enumerazione dell'articolo 296, non si trovi ripetuta l'indicazione nell'articolo 301, debbono riguardarsi come soggetti alla semplice autorizzazione del consiglio di famiglia senza bisogno che la deliberazione di esso sia poi omologata dal tribunale. Per altro questa massima non vuol essere spinta nelle sue applicazioni all'eccesso di attenersi materialmente alle sole parole dell'art. 301, senz'alcun riguardo alla connessione ch'esso ha necessariamente col precedente 296, di cui costituisce, come notammo, il complemento; senza alcun riguardo ancora allo spirito della legge. Il carattere eccezionale della disposizione contenuta nell'articolo 301 ci vieta di poterle applicare la massima scritta nel secondo paragrafo dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari, estendendola per analogia a casi particolari, che pur non potendo ritenervisi previsti, siano soltanto simili a quelli espressamente contemplati; ma non ci dispensa dall'esaminare, giusta il primo paragrafo dello stesso articolo 3, quale sia il vero senso delle parole usate dal legislatore nell'articolo 301, non solo secondo il proprio significato letterale di esse, ma anche secondo *la connessione* loro, e secondo *la intenzione del legislatore*, e quali perciò siano veramente gli atti che una rigorosa, ma razionale applicazione della legge debba fare considerare come dipendenti dall'approvazione dell'autorità giudiziaria aggiunta all'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Tali ci sembrano i principii, seguendo i quali si possono rettamente risolvere le difficoltà che si presentano nella interpretazione di questo articolo 301 del nostro codice. E fu appunto in quest'ordine di idee, che ritenemmo non essere da annoverarsi tra gli atti, pei quali è sufficiente la semplice autorizzazione del consiglio di famiglia, le ces-

(1) V. sopra, n. 75, pag. 283-286, n. 210, pag. 972-980.

sioni di crediti e i trasferimenti di carte di credito, quantunque di tali atti, espressamente enumerati nell'art. 296, non si trovi nominatamente ripetuta l'indicazione nell'articolo 301; come avverrà ancora di qualche altro atto, non enunciato specificatamente in quest'ultima disposizione, che tuttavia potremo ritenervelo compreso pel significato generico di espressioni contenutevi, per la connessione con altre disposizioni, o pei motivi della legge. Di ciò ci riserbiamo di parlare quando se ne presenterà l'opportunità. Frattanto attenendoci pel momento al testo letterale dell'articolo 301, possiamo distinguere sei categorie di atti, pei quali è indispensabile il decreto del tribunale che omologhi la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia; e sono i seguenti:

1° gli atti di alienazione;
2° i mutui passivi;
3° gli atti costitutivi di pegno o d'ipoteca;
4° le divisioni;
5° le transazioni;
6° i compromessi.

266. 1) Qualunque atto di alienazione di beni appartenenti al minore è soggetto, secondo la nostra legge, alla duplice formalità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia e della omologazione del tribunale. Anche in ciò si contiene una importante innovazione recata dal codice Italiano alle legislazioni che lo precedettero. Nello stato ultimo del diritto romano era vietato di poter procedere, se non per decreto del magistrato, alla vendita dei beni immobili spettanti ai pupilli, e di quegli oggetti che potessero essere conservati senza deteriorazione; quali erano gli oggetti preziosi (L. 22, Cod., *de admin. tut.*).

Il codice Francese (art. 457, 458) il Napoletano (articoli 380, 381) e l'Albertino (art. 331, 332) proibivano ai tutori di potere alienare i *beni immobili* dei loro amministrati, se non ne avessero ottenuta autorizzazione dal

consiglio di famiglia, e la relativa deliberazione non fosse stata omologata dal tribunale; e stabilivano che l'autorizzazione non potesse accordarsi fuorchè per causa di *assoluta necessità* o di *evidente vantaggio*.

Il codice Parmense (art. 253) e l'Estense (art. 286) richiedevano per *l'alienazione di beni stabili* dell'amministrato il consenso di due parenti più prossimi, o di due vicini da eleggersi dal giudice, e l'ordinazione di questo; e dichiaravano pure che l'ordinazione potesse accordarsi soltanto per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio.

La legge Toscana sulla tutela (art. 52) diceva " non " essere permesso ai tutori senza l'approvazione del giu- " dice, di procedere..... *alla vendita di beni stabili* dei " tutelati ".

Il codice Austriaco dichiarava nel § 232 che " i beni " immobili possono essere alienati coll'approvazione del " giudice pupillare, nel solo caso di necessità o di evidente " vantaggio del minore, e di regola soltanto all'asta; ove " però concorrano importanti motivi, potrà il giudice per- " mettere che l'alienazione si faccia anche senza asta ". Ma nel paragrafo successivo stabiliva poi, con disposizione generale che " il tutore non può senza l'approvazione " giudiziale *alienare di propria autorità i beni affidati alla* " *sua amministrazione* ".

Così tutti i predetti codici, eccetto quello che citammo da ultimo, limitavano le loro provvidenze di formalità abilitanti prescritte per guarentia dei minori, ai casi di alienazioni aventi per oggetto beni immobili; i soli che secondo lo spirito di quelle legislazioni fossero ritenuti di importanza considerevole nella costituzione dei patrimoni. Il codice Italiano, pubblicato in tempi nei quali la ricchezza mobiliare assume una preponderanza sempre più grande, doveva seguire altro indirizzo, e rese infatti comune l'identica norma a qualunque alienazione di beni del minore, senza distinguere mobili da immobili.

Il silenzio del codice Francese intorno ai primi, aveva fatto nascere dubbi, specialmente a riguardo dei mobili per determinazione della legge, crediti, rendite a carico dello Stato o dei privati, azioni o quote di partecipazione nelle società commerciali o industriali, che appartenessero ai minori soggetti a tutela.

Nè mancavano opinioni autorevoli a sostenere la necessità dell'autorizzazione consigliare, e, come i più ritenevano, anche dell'omologazione del tribunale (1); mentre però altri propugnavano la libera facoltà del tutore nel disporre di questi beni mobili del minore, in mancanza di un testo di legge che la limitasse (2).

Il codice Italiano non volle permettere alcun atto di alienazione di beni del minore, fossero anche mobili, se non venisse autorizzato dal consiglio di famiglia; e per risolvere legislativamente la questione sopraccennata, e togliere ogni pretesto a riprodurla, non si limitò nell'articolo 296 a dichiarar soggette a quella proibizione le *alienazioni di beni sì immobili che mobili*, ma vi aggiunse espressamente le *cessioni di crediti* ed i *trasferimenti di carte di credito;* poi nell'articolo 301 pose tra le deliberazioni del consiglio di famiglia, che hanno bisogno di essere omologate dal tribunale, anche quelle *per le quali siano autorizzati atti di alienazione*. Con ciò rese omaggio alle mutate condizioni dei tempi, ed ai voti manifestati da una schiera di illustri giureconsulti. Attualmente, in presenza del fatto che i progressivi e rapidi sviluppi delle industrie e del commercio hanno prodotto tale rivolgimento nello stato della fortuna pubblica e privata, da far consistere la maggior parte di molti patrimoni in diritti mobiliari di

(1) V. Duranton, t. III, n. 555; De Freminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. I, n. 235; Magnin, *Traité des minorités, etc.*, t. I, n. 665; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 653; Laurent, t. V, ni 63, 65.

(2) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 473; Valette sur Proudhon, t. II, ch. XI, sect. II, § 1, obs. II; Demolombe, t. VII, n. 597; Aubry et Rau, t. I, § 113, ni 67, 68 e 69.

valori rilevantissimi, come potrebbesi ammettere che le cautele per la conservazione dei patrimoni soggetti a tutela fossero rivolte alla sola parte immobiliare di essi? Quale congruenza vi sarebbe nell'esigere l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'approvazione del tribunale perchè un tutore potesse vendere alcune glebe di terreno del valore di un qualche centinaio di lire, e lasciar poi libero il tutore di alienare crediti e rendite a carico dello stato o di privati, azioni e quote di partecipazione in società di commercio o d'industria, che possono spesso costituire quasi l'intiera fortuna del tutelato?

Senonchè ogni dubbio non fu veramente rimosso del tutto, in causa della differenza di espressione tra gli accennati due articoli di legge, che ha indotto alcuni scrittori nostri a riprodurre sotto il codice Italiano quella opinione che era la meno ricevuta nella dottrina francese: l'opinione, cioè, che per poter alienare diritti mobiliari del minorenne il tutore abbisogni dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma non occorra poi che la deliberazione di esso sia omologata dal tribunale.

Intorno a che abbiam già fatta in altro luogo un'avvertenza, preannunziando come a noi paresse al contrario doversi annoverare anche la cessione od il trasferimento di crediti o di carte di credito tra gli atti pei quali, a tenore dei combinati articoli 296 e 301, è indispensabile non solo l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma inoltre l'omologazione del tribunale (1). Invero, se fosse altrimenti, il legislatore non avrebbe provvisto completamente allo scopo propostosi. Rimarrebbe sempre l'incongruenza che di alienazioni spesso importantissime di diritti mobiliari bastasse a decidere il voto solo del consiglio di famiglia, mentre per qualche contratto di lieve interesse, solo perchè avesse per oggetto beni immobili, richiederebbesi eziandio l'intervento dell'Autorità giudiziaria. È vero

(1) V. sopra, n. 249, pag. 1169.

che il solo ricorrere ai motivi della legge non basterebbe a giustificare la estensione per analogia d'una disposizione eccezionale qual'è quella dell'art. 301. E se si trattasse appunto di applicarla per identità di ragioni, a casi in essa non contemplati, sebbene simili, non potremmo esitare a riconoscerne l'impossibilità. Ma crediamo veramente che nella espressione generica di *atti di alienazione*, usata nell'articolo 301, siasi potuto e voluto comprendere indistintamente ogni alienazione di cui erasi parlato nel precedente art. 296, cioè quelle tutte di beni tanto immobili che mobili, non eccettuate le cessioni o i trasferimenti di crediti o di carte di credito. Ciò è conforme al senso letterale della disposizione, poichè anche codeste cessioni o codesti trasferimenti sono indubitabilmente *atti di alienazione* di beni mobili per determinazione della legge; è conforme anche allo spirito della disposizione stessa, la quale, come osservammo, intesa in altro modo, non corrisponderebbe che imperfettamente al suo scopo. Non si tratta dunque di un argomento di analogia, ma di una semplice e retta interpretazione della legge, per applicarla ai casi in essa veramente e precisamente contemplati secondo l'intenzione del legislatore. Nell'articolo 296 si vollero dissipare i dubbi, a cui le legislazioni precedenti avevano lasciato luogo. Epperò, dopo aver proibito al tutore non autorizzato dal consiglio di *alienare beni immobili o mobili*, si aggiunse espressamente anche il *cedere o trasferire crediti o carte di credito*, sebbene simili atti non potessero per sè stessi considerarsi che come specie comprese nel genere già indicato delle alienazioni di beni mobili; giacchè questa locuzione di *beni mobili*, usata sola senza altra aggiunta o indicazione che ne restringesse il significato, avrebbe bastato a comprendere generalmente tutto ciò che viene reputato mobile secondo la legge (art. 421 cod. civile) e quindi anche i diritti, le obbligazioni e le azioni aventi per oggetto somme di danaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società

di commercio o d'industria, le rendite a carico dello Stato o dei privati (art. 418 cod. civile). Nell'articolo 301 non fu ripetuta la stessa espressione di *alienare beni immobili o mobili*, senza aggiungervi parimente l'altra di *cedere o trasferire crediti o carte di credito*, il che avrebbe potuto dare maggior ragione di dubitare che per quest'ultima specie particolare di atti si fosse inteso di dispensare dal sottoporre la deliberazione del consiglio di famiglia alla omologazione del tribunale, ma vi si sostituì una locuzione diversa, e la più generica che fosse possibile, la più atta a comprendere anche le cessioni o trasferimenti di crediti o carte di credito, parlando di *atti di alienazione*.

Pertanto il concetto che secondo la nostra legge nessun atto di alienazione, quand'anche consista nel cedere o trasferire crediti o carte di credito, possa sfuggire mai alla duplice formalità prescritta, dell'autorizzazione del consiglio di famiglia e dell'omologazione del tribunale, ci sembra raffermato sotto tutti gli aspetti nel modo più sicuro.

Non è però questo il solo punto di vista sotto cui abbiasi a considerare la generalità assoluta di questa parte delle disposizioni contenute negli articoli 296 e 301; e per svolgerne il concetto in tutti i suoi rapporti, e nelle varie applicazioni a cui può dare occasione, crediamo potersene riassumere gli estremi in questa massima: che debba andar soggetto alla duplice formalità dell'autorizzazione del consiglio e dell'omologazione del tribunale ogni atto con cui, mediante correspettivo, si trasmetta ad altri un diritto di proprietà perfetta o imperfetta sovra una cosa appartenente al minore, o in favore d'altri si spogli il minore d'un diritto che gli competa, qualunque sia il bene che di tale atto formi oggetto, salve le speciali eccezioni stabilite dalla legge, qualunque ne sia il titolo, qualunque ne sia la causa.

Abbiamo parlato di diritti dei quali si spogli il minore, e di trasmissioni che in nome suo se ne facciano ad altri

mediante correspettivo; perchè se ciò si facesse *gratuitamente*, si cadrebbe in quella categoria di atti che non possono farsi neppure colle autorizzazioni surricordate, di atti che sono assolutamente vietati al tutore. Abbiamo accennato, non solo alle trasmissioni di diritti di proprietà, perfetta o imperfetta, che in nome del minore si facciano a favore di altri, che sono veramente gli atti designati sotto il nome di *alienazioni*, intesa questa parola nel senso più proprio e più stretto, ma eziandio alle rinuncie onerose di diritti spettanti al minore, nonostantechè tali rinunzie non arrechino all'altro contraente l'acquisto di un diritto, ma solo la liberazione da un'obbligazione o da un carico; perchè, in un largo senso, chi rinuncia, aliena, spogliandosi ugualmente in favore d'altri d'un diritto che gli appartiene; nè la diversità dell'effetto che derivi da un contratto, e consista nel liberare l'altro contraente da un diritto spettante al minore contro di lui, o sovra beni da lui posseduti, piuttostochè nel trasferire a quel contraente la proprietà o diritti reali formanti smembramento della proprietà di beni del minore, può avere influenza sui motivi della legge, consistenti nel guarentire da pericoli di detrimento la sostanza patrimoniale del tutelato. E, per esempio, tanto potrebbe questi essere pregiudicato nell'interesse suo dalla cessione d'un credito di lui fatta dal tutore ad un terzo, quanto dalla remissione che collo stesso correspettivo se ne facesse al debitore; tanto dalla cessione ad altri d'un diritto di derivazione di acqua, quanto dalla rinunzia a favore di chi aveva concessa la derivazione stessa.

Ma riprendiamo l'esame dai punti particolari, sotto i quali ci proponemmo di considerare la generalità, che apparisce nelle disposizioni degli articoli 296 e 301, riguardanti l'alienazione dei beni del minore.

267. Osservammo in primo luogo essere indifferente la particolarità della specie di quell'alienazione che si tratti di fare.

Non è certamente alla sola trasmissione della proprietà piena, tanto meno poi alla sola vendita dei beni immobili o mobili del minore, che si limiti la proibizione della legge. Anche gli atti pei quali si trasferisca ad altri un diritto di dominio imperfetto, uno smembramento della proprietà di tali beni, vanno soggetti alle medesime forme. Tali sarebbero, la costituzione d'un diritto d'usufrutto, o d'uso, o d'abitazione, la concessione d'enfiteusi, lo stabilimento d'una servitù passiva, l'attribuzione d'un diritto di superficie in un fondo (1). E poichè anche la rinunzia di diritti spettanti al minore è da considerarsi come una alienazione di beni, che non può farsi senza le formalità prescritte dagli articoli 296 e 301, lo stesso principio dovrebbe dunque applicarsi alla rinunzia, che il tutore facesse, ad una servitù attiva appartenente a beni del minore sovra fondi altrui; la quale rinunzia costituirebbe infatti, se non la trasmissione ad altri, certo l'abbandono, l'abdicazione in favore altrui, di un diritto formante smembramento di proprietà, d'un dominio imperfetto (2).

Che il tutore, non autorizzato con deliberazione del consiglio omologata dal tribunale, non possa alienare una miniera, di cui il minore abbia il diritto di concessione, ci sembra impossibile di porlo in dubbio; poichè, in virtù appunto dell'atto di concessione, la miniera è divenuta una proprietà immobiliare nuova, distinta dal fondo in cui la miniera è aperta, perpetua, disponibile e trasmissibile al pari d'ogni altra proprietà. Ma sebbene non possa dirsi altrettanto delle semplici cave e torbiere, ci pare chiaro doversi ritenere indispensabili le stesse formalità anche per l'atto con cui il tutore ne conceda ad altri l'esercizio, perchè egli allora aliena realmente ciò che costituisce parte integrante dal fondo. Nè varrebbe l'opporre che i materiali di estrazione debbano considerarsi

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 735; Paoli, *La tutela*, n. 130.
(2) V. Demolombe, l. c.

come frutti, nell'alienazione dei quali il tutore ha facoltà libera. L'obbiezione sarebbe giusta qualora si trattasse dell'alienazione che il tutore facesse dei prodotti già estratti, od anche d'una locazione, che convenisse a breve tempo, della cava o della torbiera. Ma quando concede ad altri l'esercizio della cava o della torbiera stessa per fino a che questa sia esaurita, non è già una vendita di frutti ch'egli faccia, bensì l'alienazione di una parte integrante e sostanziale del fondo.

Potrebbe dubitarsi se ad un'alienazione attuale, a cui fossero conseguentemente applicabili le disposizioni degli articoli 296 e 301, avesse da pareggiarsi l'atto col quale il tutore non facesse che realizzare un'alienazione di beni validamente fatta prima dell'apertura della tutela dall'autore del minorenne. Ben s'intende doversi supporre un contratto già divenuto perfetto innanzi che la tutela si aprisse; chè se fosse altrimenti, se, per esempio, all'autore del minorenne fosse stata semplicemente fatta una offerta, che il tutore coll'accordo dell'altra parte stimasse poi opportuno di accettare, essendo con ciò appunto che si formerebbe il consenso e si darebbe quindi vita ed efficacia giuridica al contratto di alienazione, ciò non potrebbe farsi dal tutore senza l'adempimento delle formalità prescritte dai citati articoli. Fatta la predetta ipotesi, un illustre autore ha scritto che “ se una vendita sia “ stata consentita dall'autore del minorenne, benchè ciò “ *sia contestato*, non può esservi luogo ad applicare le “ forme stabilite dalla legge per le vendite dei beni dei “ minori, perchè *in tal caso la vendita è realmente già* “ *perfetta, la sentenza che decida così non forma il con-* “ *tratto, ma solo ne dichiara l'esistenza, e pertanto non si* “ *tratta più che di realizzare occasionalmente l'atto di ven-* “ *dita* „ (1). Nè potrebbe dirsi più esattamente, nè meglio; supponendo, come fa l'autore, che sia stata pronunciata

(1) V. Laurent, t. V, n. 90, pag. 103.

sentenza avente autorità di cosa giudicata, la quale dichiari la preesistenza all'aprimento della tutela d'un contratto di vendita perfetto, consentito dall'autore del minorenne. Allora la celebrazione dell'atto di vendita non è che la esecuzione del giudicato, il quale terrebbe luogo esso stesso di quest'atto, qualora la parte non si prestasse a celebrarlo; e poichè il tutore è il solo rappresentante legale del minore in questo, come in tutti gli altri atti della vita civile, e poichè d'altra parte non è il tutore che faccia un'alienazione, la quale preesisteva già, egli non può dunque abbisognare, per devenire a quest'atto, di esservi autorizzato dal consiglio di famiglia. Ma supponiamo invece, che, iniziato dall'altra parte il giudizio per far dichiarare tenuto il minorenne, e per lui chi lo rappresenta, a prestarsi alla celebrazione dell'atto, il tutore intendesse di aderirvi senza aspettare la pronunzia della sentenza. O supponiamo più ancora, che, non citato in giudizio, ma riconoscendo che veramente l'autore del minorenne aveva consentito ad un contratto perfetto di alienazione d'un bene immobile o mobile, e s'era obbligato a celebrarne l'atto in una determinata forma, il tutore intenda di adempiere in nome del minore questo obbligo. Potrà egli farlo senza l'autorizzazione del consiglio e l'omologazione del tribunale? Sul primo quesito abbiamo avuta occasione di esprimere l'avviso nostro in altro luogo; e vi ci riferiamo (1). Sul secondo, reputeremmo parimente necessarie l'autorizzazione e l'omologazione predette, acciocchè l'atto celebrato dal tutore fosse irrepugnabile. In mancanza di esse, quell'atto potrebbe essere annullabile, qualora non sussistesse un contratto divenuto perfetto anteriormente all'apertura della tutela; perchè in tal caso sarebbe veramente per l'atto del tutore non autorizzato che si compirebbe un'alienazione di beni. Ma se al contrario l'alienazione fosse veramente

(1) V. sopra, n. 215, pag. 993 e seguenti.

stata già perfezionata dall'autore del minorenne, quale ragione potrebb'esservi di annullar l'atto del tutore, che non costituirebbe più un'alienazione, ma il semplice adempimento d'un obbligo legalmente preesistente a carico del minore, il quale vi avrebbe soddisfatto col mezzo del suo legittimo rappresentante? Però, siccome la qualità dell'atto per l'oggetto suo consistente in un'alienazione di beni, sarebbe tale per sè da richiedere l'autorizzazione del consiglio e l'omologazione del tribunale, così per sostenerne la validità, non ostante la mancanza di queste formalità, sarebbe indispensabile provare, in caso di contestazione, che veramente sussistesse quel precedente contratto perfetto, a cui il tutore avrebbe data la convenuta forma esteriore colla celebrazione dell'atto relativo.

268. Osservammo, in secondo luogo, essere indifferente per l'applicazione dei predetti articoli 296 e 301 la qualità dei beni formanti oggetto di alienazione, siano essi mobili o immobili, corporali o incorporali. La qual massima è una semplice riproduzione del testo, che nell'articolo 296 parla specificatamente di *alienazione di beni immobili o mobili*, e di *cessioni o trasferimenti di crediti o carte di credito*, e nel 301 accenna poi genericamente a qualunque *atto di alienazione*. Così, o si tratti di alienare beni immobili per natura, o per destinazione, o per l'oggetto a cui si riferiscono, o beni mobili per loro natura, o per determinazione della legge, sarà sempre indispensabile il concorso delle formalità stabilite nei citati articoli. Esse dovranno osservarsi per alienare terreni, edifizi, mulini, bagni, sorgenti, serbatoi e corsi d'acqua; per estendere a cose immobilizzate per destinazione l'alienazione del fondo nella quale quelle cose fossero state riservate; per cedere ad altri il dominio utile enfiteutico su fondi che vi fossero soggetti, o l'esercizio d'un usufrutto, od azioni tendenti a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi; per vendere alberi da atterrarsi, o beni mobili

per loro natura: per cedere azioni aventi per oggetto effetti mobili, o crediti di somme, od azioni di società commerciali o industriali, o rendite a carico dello stato o dei privati.

Quanto ai *beni mobili per loro natura*, è da rammentare che quelli di essi i quali si trovino nel patrimonio del minore all'aprirsi della tutela, eccetto il denaro ed i suoi rappresentativi, gli oggetti preziosi, ed i bastimenti di mare, debbono dal tutore esser venduti ai pubblici incanti entro il termine di due mesi successivi alla formazione dell'inventario, secondo il disposto dell'articolo 290; ond'è che ad essi non può reputarsi applicabile la disposizione dell'altro articolo 296 (1). Questo riguarda la facoltà attribuita al tutore di poter alienare beni del minore; e di tale facoltà limita l'esercizio, assoggettandolo all'adempimento di certe forme abilitanti; quello impone al tutore l'obbligazione di vendere coll'osservanza di determinate forme certi beni mobili del minore, e solo lascia al tutore la facoltà di chiedere, ed al consiglio di famiglia quella di accordare, l'autorizzazione di conservare in tutto o in parte quei mobili, o venderli indipendentemente da quelle forme. Facoltà ed obbligazione sono due termini repugnanti fra loro. Quando adunque l'articolo 296 vieta al tutore di alienare, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, i beni mobili corporali appartenenti al minore, dobbiamo intenderlo in relazione a quei soli beni mobili corporali, che il tutore non ha l'obbligo di vendere secondo il precedente articolo 290, cioè a quelli che siano pervenuti al minore per qualunque titolo posteriormente all'apertura della tutela, ed agli oggetti preziosi ed ai bastimenti di mare, ancorchè esistenti fin da quel tempo nel patrimonio del minore stesso.

Inoltre il medesimo articolo 296 eccettua espressamente dalla proibizione di alienare beni, senza l'autorizzazione

(1) V. sopra, nⁱ 189, 190, pag. 860-865.

del consiglio di famiglia, *i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento*. Intorno alla quale eccezione già esponemmo altrove le dimostrazioni che ci parvero opportune (1).

Quanto ai *beni mobili per determinazione della legge* l'articolo 296 dichiara specialmente che il tutore non può, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *cedere o trasferire crediti o carte di credito*. Nella quale distinzione, tra cessioni di crediti e trasferimenti di carte di credito potrebbesi pensare che con quest'ultima indicazione si fosse inteso di riferirsi a quei trasferimenti che avvengono da mano a mano sui titoli al portatore. Ciò però non può essere; giacchè in forza del disposto dell'articolo 298, se titoli al portatore vi siano nel patrimonio del minore, debbono tosto esser fatti iscrivere al nome di lui, per cura del tutore, qualora il consiglio di famiglia non abbia deliberata la conversione di quei titoli in altro impiego. Ora, qualunque trasferimento di un titolo nominale di credito è realmente una cessione, il cui accenno generico avrebbe quindi potuto forse bastare, perchè vi si dovessero ritenere compresi anche i *trasferimenti di carte di credito;* ma l'indicazione distinta e specifica di questi ebbe probabilmente per iscopo di togliere ogni dubbio circa la necessità delle stesse forme abilitanti anche per quei trasferimenti che a norma di legge o degli statuti sociali si facciano per determinati titoli in forme diverse da quelle d'una cessione ordinaria, ed anche per quei vincoli d'usufrutto od altri, che ai medesimi titoli possano apporsi.

Per altro ciò che la legge dice della *cessione di crediti*, non può estendersi alla *surrogazione* che si conceda ad un terzo, che paghi un capitale dovuto al minore. Il tutore, abilitato dal consiglio di famiglia a riscuotere il capitale, lo è pure implicitamente per surrogare nelle ragioni che spettavano al minore il terzo che faccia il pagamento, senza bisogno di speciale ed apposita autorizzazione del

(1) V. sopra, n. 237, pag. 1088, n. 245, pag. 1126.

consiglio a tal uopo, e tanto meno poi d'un decreto del tribunale. Ci basti intorno a questo punto il riferirci a quanto ne dicemmo trattando d'altra materia (1).

Del resto codesta speciale dichiarazione relativa alle cessioni o trasferimenti di crediti o di carte di credito, nulla può togliere alla generalità della massima stabilita nel ricordato articolo, che assoggetta all'autorizzazione del consiglio di famiglia, tutte le alienazioni di beni, ancorchè mobili, ancorchè tali per sola determinazione della legge. Ond'è, che, quantunque dei beni annoverati in questa categoria, giusta l'articolo 418, possano ritenersi compresi in quella specifica dichiarazione soltanto *i diritti, le obbligazioni e le azioni aventi per oggetto somme di denaro, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati;* non può tuttavia dubitarsi che anche ai diritti ed alle azioni personali o reali, che abbiano per oggetto *effetti mobili*, debbano applicarsi le stesse regole generali degli articoli 296 e 301, alle quali non sfugge nessun atto di alienazione dei beni del minore, siano pur mobili per determinazione della legge.

Secondo le dimostrazioni fatte superiormente, cadono anzi sotto le medesime regole anche le rinunzie, mediante correspettivo, a diritti spettanti al minore, abbiano essi per oggetto beni immobili o mobili. Così, quando si tratti di fare in nome del minore, a titolo oneroso, la remissione d'un debito altrui, l'abbandono d'un diritto di rendita perpetua o vitalizia, d'una servitù attiva su fondi altrui, d'un usufrutto mobiliare o immobiliare, e simili, saranno sempre ugualmente necessarie tanto la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia che l'omologazione di essa data dal tribunale. E a questo proposito, delle rinunzie, la generalità della nostra legge, che assoggetta alle stesse formalità ogni atto di alienazione di beni del minore, siano

(1) V. vol. VII, n. 218, pag. 546 e seguenti.

questi mobili o immobili, corporali o incorporali, facilita la risoluzione di alcuni quesiti, che in altre legislazioni potevano presentare dubbi maggiori.

L'autore del minorenne avea stipulato in una vendita il *patto di riscatto*. Si tratta di rinunciarvi mediante un certo correspettivo. Potrà farlo il tutore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia e dal tribunale?

No certamente. Anche ammesso che la stipulazione del riscatto non valga pel venditore e pel suo successore il mantenimento d'un diritto di proprietà soggetto a condizione sospensiva, sulla cosa venduta, non è men vero però che la rinuncia al diritto di riprendere la cosa stessa, mediante la restituzione del prezzo e gli altri rimborsi stabiliti dalla legge, costituisce un atto di alienazione di quel diritto, epperò cade sotto la disposizione degli articoli 296 e 301.

Ma invece è il minore che possiede un bene acquistato dall'autor suo sotto il patto di ricupera, e si tratta di concedere al venditore una proroga del termine per l'esercizio del relativo diritto. È necessario che il tutore vi si faccia autorizzare dal consiglio, e che la deliberazione di questo sia poi omologata dal tribunale? Gli autori francesi insegnavano una distinzione. Se il termine del riscatto fosse già scaduto allorchè se ne concedeva la proroga, non poteva esservi dubbio. Il compratore era già divenuto, per quella scadenza di termine, proprietario incommutabile della cosa acquistata; colla proroga egli faceva in realtà una rivendita; epperò tutte le formalità necessarie per l'alienazione di quel bene spettante al minore dovevano essere osservate. Ma se si prorogava il termine tuttora in corso, il dubbio poteva nascere, poichè rivendita veramente non vi era. Nondimeno dottrina e giurisprudenza ammettevano anche in questo caso la necessità dell'autorizzazione consigliare e dell'omologazione del tribunale, perchè il compratore avendo un diritto acquisito a divenire proprietario irrevocabile nel caso che il

venditore non esercitasse il riscatto entro il termine prefisso, il prorogar questo veniva a costituire alienazione di un diritto immobiliare. Soggiungevano però che le altre forme prescritte dal codice Francese per le alienazioni dei beni immobili del minore non potevano avere applicazione a questo caso (1). Col testo del nostro codice, qualunque esitazione è impossibile. Prorogare il termine del riscatto, è spogliarsi del diritto ad acquistare la irrevocabilità del dominio sulla cosa comprata allo scadere del termine pattuito in origine. Questa, come qualunque altra alienazione di diritti, è dunque indubitabilmente compresa nella generalità delle disposizioni contenute negli art. 296 e 301 in ordine agli atti di alienazione.

Il minore ha un credito guarentito da ipoteca; e si tratta, non di rinunciare a questa, chè il tutore non lo potrebbe, per testuale disposizione dell'articolo 2035 codice civile, se non ricevendo il pagamento del credito, ma di rinunziare al solo *grado ipotecario*, consentendo che alla ipoteca spettante al minore ne venga preferita un'altra, ovvero di trasferire l'ipoteca stessa dal bene che n'era colpito ad un altro. Può farlo il tutore senza quelle autorizzazioni che sono richieste per le alienazioni di beni? Veramente in questi casi non vi è disposizione, diretta almeno, del credito appartenente al minore. È innegabile, però, che colla postergazione o col trasferimento dell'ipoteca si può pregiudicare il credito stesso, tanto da renderlo talvolta irrealizzabile. Se ne fa dunque una disposizione indiretta. E, d'altra parte, se si abdica il diritto di prelazione inerente al grado dell'ipoteca appartenente al minore, per far luogo alla preferenza d'un credito ipotecario altrui; se si abdica il diritto reale di guarentia inerente a determinati beni, stipulando invece un'ipoteca nuova su beni diversi, non sono questi da considerarsi come *atti di alie-*

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 735; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 19; Laurent, t. V, n. 90, pag. 103.

nazione, nel senso generico inteso dalla nostra legge, che comprende anche le rinunzie a qualunque diritto mobiliare o immobiliare? Il diritto, a cui qui si rinunzia, è meramente *accessorio* al credito che guarentisce, ed è perciò classificato tra i beni mobili per determinazione della legge (art. 418 cod. civile): secondo l'opinione di molti non può nemmeno considerarsi come costituente uno *smembramento di proprietà*. Tutto ciò poteva far nascere dubbi secondo il codice Francese, che sottoponeva a formalità abilitanti le sole *alienazioni di beni immobili* del minore (1); ma non sembra che ne permetta nel nostro, poichè ogni alienazione di beni, ogni rinunzia di diritti è soggetta alle stesse formalità.

269. La terza osservazione nostra fu nel senso di escludere qualunque distinzione fra i titoli diversi, pei quali abbia a farsi un'alienazione di beni del minore, quanto a doverla ritenere soggetta all'autorizzazione del consiglio di famiglia ed all'omologazione del tribunale. Non può nemmeno pensarsi a limitare alle sole *vendite* di beni immobili o mobili quelle disposizioni, che gli art. 296 e 301 del nostro codice estendono espressamente ad ogni atto di *alienazione*. Così non può dubitarsi che le disposizioni predette siano applicabili parimente per una permuta, che voglia farsi dando una cosa del minore per averne un'altra; pel conferimento ad una società, della quale il minore faccia parte, di beni spettanti a lui; per la cessione di un immobile, a cui sia correspettiva la stipulazione di una rendita perpetua o vitalizia a profitto del minore; e insomma per ogni trasmissione che facciasi ad altri di beni corporali, crediti o diritti del minore, a qualsiasi titolo. Solamente, per ciò che riguarda le vendite di beni immobili o mobili del minore, oltre alle disposizioni generali per qualunque atto di alienazione contenute negli articoli 296

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 17.

e 301 del codice civile, ve ne sono altre speciali nel codice di procedura civile (art. 816-835) che regolano le forme delle vendite stesse.

In diritto francese era sôrta controversia intorno al potersi, o no, far luogo a permute di beni appartenenti a minori; nè mancavano insigni autorità in appoggio all'opinione negativa, fondata sulla considerazione dell'impossibilità di applicare alla permuta le forme dell'asta pubblica, che quel codice prescriveva per la vendita, aggiungendole alle altre dell'autorizzazione consigliare e dell'omologazione giudiziaria, mentre osservavasi d'altro lato che col ritenere necessarie queste sole, sarebbesi sostituito alla legge l'arbitrio dell'interprete, che avrebbe creato un ordine parziale di forme da essa non ammesso per applicarlo ad un caso da essa non contemplato (1). Altri però pensarono, al contrario, che non fosse ammissibile la esclusione assoluta d'un contratto di permuta, che avrebbe potuto talvolta essere convenientissimo all'interesse del minore, e costituire un atto di savia ed utile gestione; che d'altra parte ad una tale esclusione si opponesse lo spirito della legge, la quale si mostrava generalmente meno esigente per la permuta che per la vendita; che perciò anche una permuta potesse convenirsi dal tutore coll'autorizzazione del consiglio di famiglia e coll'omologazione del tribunale (2).

Nel diritto nostro, non ci sembra possibile che si rinnovi questa disputa, a fronte della generalità del testo, che parla indistintamente d'ogni atto di alienazione; tanto più poi essendo tolto dalla nostra legge anche l'appoggio che poteva dare all'opinione contraria il testo del codice Francese, stabilendo per l'alienazione dei beni immobili dei minori un complesso di forme, parte delle quali sarebbero state assolutamente inapplicabili alle permute; mentre

(1) V. Zachariae, t. I, § 113, n. 11; Laurent, t. V, n. 90, pag. 104.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. I, ch. XI, sect. II, § 3, obs. I, pag. 384; Demolombe, t. VII, n. 737; Aubry et Rau, t. I, § 11, n. 183.

il codice Italiano non prescrive per l'alienazione dei beni immobili o mobili dei minori altre formalità che quelle dell'autorizzazione del consiglio di famiglia e della omologazione del tribunale, riservando poi al codice di procedura le disposizioni particolari relative alle forme da osservarsi nelle *vendite* di quei beni.

L'ultima osservazione, che facemmo, consiste nel dire indifferente *la causa* dalla quale proceda l'alienazione dei beni del minore. Così, quand'anche si tratti di darli in pagamento per estinguere debiti di lui, o di adempire un onere apposto ad una donazione regolarmente accettata in pro del minore, la trasmissione della proprietà di tali beni non potrà però mai legittimamente operarsi se non con l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale (1).

270. Quali sono i poteri del consiglio di famiglia circa l'autorizzazione ad alienare beni appartenenti al minore? L'esercizio di tali poteri è subordinato a qualche limitazione?

Dalla forma delle espressioni adoperate nell'articolo 296 potrebbe sorgere una prima idea, la quale però non crederemmo esatta: che, cioè, il consiglio di famiglia non potesse che concedere o negare l'autorizzazione ad alienare, *la quale fosse stata chiesta dal tutore*. Che in tal senso siano veramente le parole della legge, non è da meravigliarne; poichè essa ha previsto qui, come sempre, il caso più frequente a verificarsi, che è appunto della iniziativa presa negli affari tutelari dal tutore stesso verso il consiglio di famiglia. Ma il volerne desumere una proibizione fatta al consiglio di ordinare indipendentemente da richiesta del tutore, od anche contro l'avviso di lui, quelle alienazioni di beni del minore che riconoscesse necessarie od utili, sarebbe, a veder nostro, un errore.

Una simile proibizione non è scritta nella legge; ed

(1) V. Laurent, t. V, n. 90, pag. 103.

oltre a ciò sarebbe disforme dal sistema con cui essa ha regolati gli uffici del consiglio di famiglia nell'ordinamento tutelare; sarebbe in opposizione all'interesse del tutelato, che si volle proteggere.

Non è imprevedibile qualche caso, in cui di fronte alle necessità di provvedere ad esigenze indeclinabili della gestione tutelare, per esempio di estinguere debiti scaduti o di fare riparazioni ad immobili, il tutore, sia per mala volontà, sia per imprevidenza o negligenza, trascuri di promuoverne i mezzi, o ne preferisca altri assai più dannosi all'amministrazione tutelare che un'alienazione di beni. E perchè dovrebb'essere vietato al consiglio, a cui la legge volle affidata la superiore direzione degli affari della tutela, di supplire esso alla ommissione del tutore, o di correggerne i propositi differenti e meno opportuni, ordinandogli quell'alienazione?

Che se poi sia chiesta dal tutore l'autorizzazione ad alienare, dipende del tutto, ben s'intende, dal prudente criterio del consiglio di famiglia il concedere o negare quell'autorizzazione.

I codici anteriori all'attuale nostro prescrivevano al consiglio di famiglia alcune norme, ch'esso doveva osservare nella deliberazione sua. Dicevano che *l'autorizzazione non dovesse essere accordata, se non per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio*, e stabilivano il modo in cui la necessità dovesse essere dimostrata. Dicevano che il consiglio *dovesse indicare gli stabili da vendersi preferibilmente, e tutte le condizioni che reputasse vantaggiose.* Nulla di ciò è espresso nelle disposizioni del codice civile Italiano. Dobbiamo dedurne che doveri simili non incombano punto presso noi al consiglio di famiglia?

Nel titolo della *patria potestà* vedemmo disposto dall'articolo 224, che il padre, amministratore legale dei beni dei figli minori di età, non possa alienare quei beni, *se non per cause di necessità o di utilità evidente del figlio* e mediante l'autorizzazione del tribunale civile. Or come mai

da questa limitazione, imposta all'alienabilità dei beni del minore quando egli ha il padre che ne governa il patrimonio, avrebbe a ritenersi libera l'amministrazione tutelare? L'interesse del minore, che nell'articolo 224 fu motivo a stabilire la predetta limitazione, non la esige forse ugualmente allorchè il minore sia soggetto a tutela? È mai supponibile che la legge abbia inteso di permettere l'alienazione dei beni di lui, senzachè vi concorrano motivi di assoluta necessità, o di sicuro e manifesto vantaggio? E noi crediamo che il nostro legislatore abbia bensì ritenuto, com'è della natura delle cose, che solo per cause accertate di necessità o di utilità saranno autorizzate dal consiglio di famiglia, ed approvate poi dal tribunale, le alienazioni di beni del minore; ma siasi astenuto dal farne oggetto d'una dichiarazione espressa, per evitare che se ne traesse motivo onde fare annullare le vendite dei beni del minore, mentre d'altro lato erano queste nell'amministrazione tutelare circondate di maggiori formalità che in quella dipendente dalla patria potestà; giacchè per poter alienare i beni del minore soggetto a patria potestà basta l'autorizzazione del tribunale civile, per alienare quelli del minore soggetto a tutela occorre l'autorizzazione del consiglio e l'omologazione del tribunale. Infatti nella dottrina francese era ammesso che la vendita fatta in virtù d'una deliberazione del consiglio omologata dal tribunale, ma *nella quale non si fosse fatto constare d'una causa di necessità assoluta* o d'un *vantaggio evidente*, appunto perchè quel codice prescriveva ciò espressamente, potesse essere impugnata per nullità relativa al minore; sebbene si negasse che, essendovi nella deliberazione del consiglio la dichiarazione richiesta dalla legge, potesse farsi annullare la vendita sotto il pretesto che la causa di necessità assoluta o la evidente utilità affermate, realmente non sussistessero (1). Dal nostro codice invece non essendo prescritto

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 2, pag. 449 e 450.

che la deliberazione del consiglio debba contenere l'espressa dichiarazione della necessità od evidente utilità dell'alienazione dei beni, una tale mancanza non potrebbe essere motivo di far annullare la vendita; tanto più se si ammetta la massima da noi propugnata, che la motivazione delle deliberazioni consigliari non sia da reputarsi indispensabile sotto pena di nullità (1).

L'indicazione precisa dei beni da vendersi, quantunque non prescritta testualmente nell'art. 296, è però indispensabile per l'applicazione della massima stabilita nel § 1 del successivo articolo 297; poichè non potrebbe dirsi *speciale*, a senso di questa disposizione, quell'autorizzazione, che il consiglio di famiglia desse al tutore per alienare beni del minore, senza indicare quali, o accennandone la sola categoria di immobili o mobili.

Alla prescrizione dei codici anteriori, che voleva stabilite dal consiglio di famiglia anche le *condizioni sotto le quali dovesse farsi la vendita* (e fra tali condizioni la dottrina insegnava potersi principalmente dal consiglio di famiglia determinare un prezzo, al disotto del quale la vendita non potesse aver luogo) (2) il legislatore italiano ha sostituito norme diverse nel codice di procedura civile; nel quale sono pure stabilite alcune indicazioni necessarie a farsi nella deliberazione del consiglio di famiglia che autorizza la vendita, o nel decreto di omologazione del tribunale; come qualche altra indicazione speciale è richiesta dal codice civile nella deliberazione del consiglio di famiglia.

Il prezzo, su cui debba aprirsi l'incanto per la vendita, è generalmente determinato mediante stima da farsi da un perito, tanto se si tratti di mobili, che di immobili (art. 819 e 825 cod. proc. civile); salvochè nel primo caso, se l'incanto vada deserto, l'uffiziale procedente può, col

(1) V. sopra, n. 72, pag. 272-274.
(2) V. Laurent, t. V, n. 87, pag. 99.

consenso del tutore, ordinare che sia riaperto su un prezzo minore (art. 820 proc. civ.) e nel secondo può essere ordinato altrettanto dal tribunale che omologò l'autorizzazione della vendita (art. 829 proc. civ.). Però, quando si tratti di vendere censi, o rendite perpetue o temporarie, od altre ragioni di credito del minore, il consiglio di famiglia, *nella deliberazione con cui autorizza la vendita, determina anche il prezzo sul quale dovrà aprirsi l'incanto;* e qualora su tale prezzo non sia fatta alcuna offerta, *non si può procedere alla vendita a prezzo minore, senza nuova deliberazione dello stesso consiglio* (art. 823 cod. proc. civile).

Le condizioni della vendita debbono essere stabilite, trattandosi di beni immobili, *col decreto di omologazione del tribunale* (art. 825 cod. proc. civile); ciò che però non toglie al consiglio di famiglia *la facoltà* di deliberare esso stesso intorno a tali condizioni, sia per la vendita di immobili, sia anche per quella di beni mobili, salvo sempre al tribunale il potere di modificarle, se e come lo stimi opportuno.

La vendita dei beni immobili dei minori deve normalmente eseguirsi all'asta pubblica (art. 825 e seg. codice proc. civile). Senonchè, considerato quanto siano costose le solennità degli incanti, il legislatore volle " lasciare " all'amministrazione della tutela lo scegliere quella forma " che meglio giovi, nei singoli casi, all'interesse del mi- " nore ", ed ha perciò accordato facoltà al consiglio di famiglia di determinare che la vendita abbia a farsi privatamente. Ma " ha ravvisato ad un tempo conveniente il " fare un preciso dovere al consiglio di famiglia di occu- " parsi di questo oggetto, e di provvedervi, allorchè auto- " rizza le dette vendite " (1). Con questi intenti ordinò che *nell'atto stesso di autorizzare la vendita di immobili*, il consiglio di famiglia *debba determinare se essa debba farsi ai pubblici incanti, o per offerte private* (art. 297, § 2, cod. civ.).

(1) V. Relazione Senatoria, pag. 85.

Non crederemmo tuttavia che l'essere stata ommessa codesta determinazione nella deliberazione del consiglio dovesse produrre la nullità di essa, e conseguentemente quella altresì della vendita che venisse fatta *all'asta pubblica;* sia perchè la nullità non essendo dichiarata dalla legge, non sarebbe lecito supplirvi, non potendosi d'altra parte considerare quella menzione come elemento costituente l'essenza dell'atto di autorizzazione a vendere; sia perchè, non essendo determinato dal consiglio che un immobile abbia a vendersi per offerte private, subentra senz'altro la norma generale di legge, che prescrive il pubblico incanto. Ma se all'opposto, non essendo stata espressa dal consiglio nel suo deliberamento la determinazione, che il § 2 dell'articolo 297 esigeva, il tutore avesse poi proceduto alla vendita *per offerte private*, reputeremmo annullabile il contratto, perchè essendo stato violato un precetto interessante l'ordine pubblico, quale è quello che stabilisce doversi fare di regola ai pubblici incanti le vendite dei beni dei minori, se il consiglio non abbia autorizzato il tutore a procedervi per offerte private, risulterebbe da ciò una *nullità virtuale.*

La vendita di beni mobili del minore deve anch'essa, di regola, farsi all'asta pubblica, come risulta dagli art. 816 e seguenti del codice di procedura civile, e com'è anche stabilito nel § 1 dell'articolo 290 per quei mobili che debbono essere venduti al cominciare della tutela. Tuttavia sarebbe lecito anche qui al consiglio di famiglia di deliberare che i mobili dovessero essere venduti ad *offerte private;* e ciò si argomenta sì dal disposto nel § 2 dello stesso articolo 290, che *a fortiori* da quello dell'articolo 297, § 2; non parendo ammissibile che non sia lecito per la vendita di beni mobili ciò che è permesso per quella di beni immobili. Sarebbero però da eccettuarsi le vendite di censi, rendite perpetue o temporarie, od altre ragioni di credito, per le quali l'articolo 823 cod. proc. civ. sembra esigere assolutamente, e senza ammettere eccezioni, che debbano

farsi *ai pubblici incanti*, limitandone inoltre l'autorizzazione *ai soli casi di necessità*.

Delle quali differenze, e del maggior rigore in confronto del caso che si tratti di vendere *beni mobili per loro natura*, può d'altra parte rendere sufficiente ragione il riflesso delle maggiori difficoltà che presenta la vendita di censi, rendite perpetue o temporarie, od altre ragioni di credito, talchè il più delle volte non riesce di trovarne acquirenti se non sottomettendosi a gravi sagrifici nel prezzo da ritrarne. Ond'era prudente, nell'interesse del minore, sia il limitare la vendita di tali beni ai soli casi in cui non si potesse pei bisogni dell'amministrazione prescinderne, sia il richiedere indispensabilmente che si dovesse far luogo all'esperimento dei pubblici incanti, per ottenerne il maggior prezzo che fosse possibile.

Quali sono le facoltà competenti al tribunale, a cui venga sottoposta, per essere omologata, la deliberazione del consiglio di famiglia determinante l'alienazione di certi beni del minore? Non parliamo della determinazione del prezzo su cui debba aprirsi un incanto, nè delle condizioni sotto le quali debba farsi la vendita; poichè abbiamo visto sopra che il prezzo deve stabilirsi a stima di perito, e che le condizioni debbono essere determinate per la vendita degli immobili dal tribunale stesso nel decreto di omologazione. Ma, supposto che si trattasse di alienazione ad altro titolo che di vendita, il tribunale potrebbe col suo decreto modificare, sia le condizioni particolari sotto le quali il consiglio avesse deliberato di fare il contratto, sia anche il correspettivo stesso che si avesse a stipularne dalla parte del minore; per esempio la somma da darsi o riceversi a conguaglio di valori in una permuta. L'ufficio dell'autorità giudiziaria non può ridursi a dover concedere o negare semplicemente l'autorizzazione a stipulare il contratto come è proposto, quando essa reputi che sia nell'interesse del minore l'approvarlo variandone però in qualche parte le condizioni. E se l'omologazione data con

tali modificazioni alla deliberazione del consiglio riuscirà qualche volta di niuno effetto, ed equivarrà ad una determinazione negativa, perchè il contratto modificato così non venga accettato; pel caso contrario potrà invece essere utile l'essere stata tracciata dall'autorità giudiziaria la via buona a seguirsi, e risparmierà il bisogno di ricorrere nuovamente all'autorità stessa per far approvare il contratto sotto condizioni diverse e più vantaggiose al minore.

Ma trattandosi di *vendita* potrebbe il tribunale, riconoscendone in massima la necessità od il vantaggio, determinare che dovessero farne oggetto beni diversi da quelli designati dal consiglio di famiglia? È un punto controvertibile, intorno a cui la risoluzione negativa, pronunciata in più arresti della Corte Suprema di Francia, fu censurata da qualche autore (1). Preferiremmo però l'opinione di altri che l'accolgono (2). Le condizioni della vendita di beni immobili debbono essere stabilite dal tribunale col decreto stesso di omologazione (art. 825 cod. proc. civile). Ammesso, come abbiamo detto sopra, che ciò non ostante sia lecito al consiglio di famiglia di proporre nella sua deliberazione quelle condizioni per la vendita, che reputi più opportune, non è però contestabile che al tribunale spetti sempre il potere di modificarle come stimi conveniente per l'interesse del minore. In tal caso il tribunale omologa infatti la deliberazione del consiglio per la vendita di quei determinati beni; salvochè nello stabilire le condizioni della vendita, come è di ufficio suo, adotta idee diverse da quelle che il consiglio di famiglia proponeva. Ma se invece il tribunale cambiasse l'oggetto della vendita non sarebbe più davvero un *decreto di omologazione* ch'esso emanerebbe, ma una deliberazione diversa, che sostituirebbe a quella del consiglio di famiglia. Così, relativamente

(1) V. Laurent, t. V, n. 88, pag. 101.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 13.

a quei determinati beni, dei quali il tribunale ordinasse la vendita, non si avrebbe più pel minore la duplice garanzia, che la legge ha voluta, d'una *deliberazione del consiglio omologata dal tribunale*, ma si avrebbe soltanto la *deliberazione del tribunale*, mancando precisamente il voto di quel collegio famigliare, che si trova in condizioni di conoscere più da vicino ed apprezzar meglio i veri interessi del minore, e il cui concorso nelle determinazioni di maggiore importanza pel patrimonio del tutelato fu perciò richiesto indispensabilmente. L'illustre autore, che professa l'opinione contraria, ha detto che la massima adottata dalla Cassazione francese *è contraria al testo ed allo spirito della legge*. Ci pare evidentissimo l'opposto.

271. Le disposizioni degli articoli 296 e 301 codice civile suppongono, com'è evidente, un'*alienazione volontaria* dei beni del minore, che sia fatta dal tutore direttamente. Esse sono inapplicabili ai casi di un'*alienazione necessaria;* dei quali il più evidente esempio si ha nella espropriazione forzata, che un creditore del minorenne promuova sui beni di lui; ma altri se ne trovano nella vendita agli incanti giudiziali, che ha luogo nelle divisioni di beni immobili ereditari o per altra causa comuni tra il minore ed altri comproprietari, e che sia riconosciuto non potersi comodamente dividere (articolo 988 codice civile) e nella espropriazione per causa di pubblica utilità. In questi casi sarebbe, non solo inutile, ma assurda l'autorizzazione ad alienare beni della cui proprietà il minore è costretto a spogliarsi; o in virtù di azioni legittimamente esercitate dai creditori; o perchè non potendo egli costringere i suoi condomini a rimanere in istato di comunione (art. 681 cod. civile) nè prestandosi i beni ad una divisione comoda, è inevitabile l'alienarli per conto comune dei comproprietari; o perchè il minore, come chiunque altro, è costretto a cedere la sua proprietà per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata (art. 438 cod. civile).

D'altronde le speciali forme, che la legge prescrive per le esecuzioni forzate, per la vendita degli immobili non divisibili comodamente, e per le espropriazioni a causa di pubblica utilità, offrono garanzie sufficienti anche pei minori.

Tuttavia, per quest'ultimo caso, la nostra legge sulle espropriazioni per pubblica utilità stabilisce norme particolari relativamente ai tutelati, ed alle altre persone fisiche o morali, a cui non è concessa la facoltà libera di alienare immobili.

È bensì dichiarato espressamente che " se tra i fondi " da espropriarsi..... trovansi beni appartenenti a minori,.... " per la legalità dell'alienazione forzata di tali beni *non è* " *necessaria alcuna particolare autorizzazione* (articolo 57 " della legge 25 giugno 1865, n. 2359); ma si riservano " le disposizioni degli articoli seguenti circa la fissazione " delle indennità e dell'investimento della somma a tale " titolo dovuta ".

E in queste successive disposizioni è poi dichiarato che i tutori possono, nell'interesse dei loro amministrati " *ac-* " *cettare l'indennità offerta* dagli esproprianti, *o fissarla per* " *privato accordo* ", ed anche " *richiedere che si compren-* " *dano tra i beni da acquistarsi dagli espropianti le fra-* " *zioni residue degli edifizi e terreni in parte soltanto se-* " *gnate nel piano di esecuzione*, qualora le medesime siano " ridotte per modo da non poter più avere pel proprietario " un'utile destinazione, o siano necessari lavori conside- " revoli per conservarle ed usarne, in modo profittevole "; ma è soggiunto aver ciò luogo " *purchè tali dichiarazioni,* " *richieste e privati contratti siano poi approvati dal tribu-* " *nale* del luogo ove sono situati i beni, *udito il pubblico* " *ministero* ", eccetto, quanto all'accettazione dell'indennità, il caso ch'essa sia stata determinata dai periti nominati dal tribunale a termini dell'articolo 32 della legge stessa, nel qual caso non è, per tale accettazione, necessaria veruna approvazione.

In ordine poi alla riscossione ed all'investimento della somma dovuta a titolo d'indennità, è detto nell'art. 59 che “ le somme depositate per indennità di beni espro- “ priati spettanti a minori..... non possono essere esatte dai “ tutori..... salvo ne sia fatto investimento e siansi osser- “ vate le formalità prescritte dalle leggi civili „ (vale a dire siasi ottenuta dal tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia, richiesta dall'articolo 296 cod. civile per potere *riscuotere i capitali del minore e farne impiego*), “ ma “ non è necessaria alcuna autorizzazione per la conver- “ sione delle suddette somme in titoli del debito pubblico, “ a termini dell'articolo 49 „.

Che non potesse farsi luogo all'intervento del consiglio di famiglia per autorizzare l'espropriazione, dappoichè questa è forzata, era cosa tanto evidente da concepirsi appena l'utilità di averlo espresso nel testo della legge. Ma quando, nel corso del procedimento di espropriazione per causa di utilità pubblica, il tutore abbia a compiere atti, i quali, secondo le regole comuni di diritto, eccedano le facoltà libere che gli sono concesse nella gestione tutelare, non gli è neppure in questa materia permesso di agire indipendentemente da qualunque autorizzazione; solo, alle formalità ordinarie ne sono sostituite altre più conformi all'indole speciale del procedimento in cui si versa, più propizie a quella celerità che conveniva procurare nella definizione di esso. Allorchè il tutore creda di dover accettare l'indennità offerta dagli esproprianti, a tenore dell'articolo 24 della legge, o riesca ad accordarsi cogli esproprianti stessi nello stabilire contrattualmente l'indennità; nè quell'accettazione, nè questa convenzione può essergli lecito fare di sola autorità propria, perchè con ciò egli verrebbe a fissare il prezzo del bene espropriato a carico del minore, nè per principio generale gli è mai data facoltà libera di stabilire esso il correspettivo delle alienazioni che abbiano a farsi. Allorchè poi, a norma dell'articolo 23 della legge, il tutore richiede che

si comprendano nei beni da acquistarsi dagli esproprianti anche quelle frazioni residue degli edifizi o terreni, segnati solo in parte nel piano di esecuzione, che non avrebbero più per l'espropriato un'utilità sufficiente, o non la riacquisterebbero che con spese sproporzionate, in realtà fa estendere la espropriazione oltre ai limiti in cui sarebbe necessaria per la causa di pubblica utilità, e viene quindi in questa parte a fare un'alienazione volontaria. Tanto meno poteva quindi essergli lecito di procedervi di proprio arbitrio. Senonchè, in tutti tre questi casi, in luogo della duplice formalità dell'autorizzazione data dal consiglio di famiglia ed omologata dal tribunale, la legge speciale ha prescritta la sola *approvazione da darsi dal tribunale, udito il pubblico ministero;* e questa ancora non ha richiesto, come nei casi ordinari, che preceda l'atto del tutore autorizzandolo a compierlo, ma si è contentata che sussegua all'atto medesimo, per ratificarlo e renderlo definitivamente efficace; affinchè intanto possano essere senza indugio determinati, salvo questa condizione dell'approvazione giudiziaria da riportarsi, i rapporti tra gli esproprianti ed il minore espropriato.

Una sola eccezione si è fatta in riguardo all'accettazione dell'indennità, e pel caso che questa sia stata determinata dai periti nominati dal tribunale, in osservanza dell'art. 32 della legge, per non essere stata accettata la somma offerta dagli esproprianti nel depositare l'elenco dei proprietari soggetti all'espropriazione insieme al piano particolareggiato d'esecuzione dell'opera, nè aversi potuto formare amichevole accordo per pattuire l'indennità da pagarsi. Le garanzie, che presenta questa perizia compilata dagli incaricati dell'autorità giudiziaria, giustificano abbastanza che la legge dispensi espressamente i tutori da qualunque approvazione per l'accettazione della indennità in tale perizia stabilita; mentre la legge stessa esige l'approvazione del tribunale affinchè possa essere validamente accettata l'offerta fatta al principio dagli esproprianti.

Qualora poi, non reputandosi accettabile neppure l'indennità stimata dai periti nominati dal tribunale, e pronunciata con decreto prefettizio l'espropriazione, si voglia nell'interesse del minore proporre istanza davanti l'autorità giudiziaria contro la stima fatta dai periti predetti secondo la facoltà concedutane dall'articolo 51 della legge, crediamo che in mancanza di speciali disposizioni di essa in proposito siano da osservarsi le regole generali; cioè la disposizione dell'articolo 296 codice civile, che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia acciocchè il tutore possa promuovere qualsiasi azione in giudizio, salve alcune eccezioni, tra le quali non può certamente cadere il caso di cui si tratta.

Una massima contraria era veramente ammessa in diritto francese (1); ma se ne comprende facilmente la ragione. Il codice Francese non assoggettava il tutore all'autorizzazione del consiglio di famiglia per promuovere qualunque istanza giudiziale, come fa il codice nostro, ma solo per *intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili;* ed era ben manifesto che il procedimento sulla domanda per *far regolare l'indennità di espropriazione*, aveva per oggetto un *diritto mobiliare del minore.*

Per ciò che riguarda la riscossione delle somme depositate per indennità di beni espropriati a carico di minori, non poteva esservi alcuna ragione di derogare in verun modo alle regole comuni. L'interesse pubblico dell'espropriazione è qui affatto fuori di questione. Non si tratta più che dell'interesse del minore a realizzare e reimpiegare come meglio possa convenirgli la somma depositata a favore di lui. E in questo rapporto non vi era motivo per allontanarsi in alcun modo dalle norme generali stabilite per protezione del minore in ciò che concerne appunto la riscossione e il reimpiego dei capitali che gli apparten-

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 2, *a*, n. 22; Laurent, t. V, n. 92, pag. 105.

gono. Perciò la legge speciale non ha fatto in questo particolare che riferirsi *alle formalità prescritte dalle leggi civili.* Solo ha dichiarato non essere necessaria alcuna autorizzazione per far convertire le somme depositate in titoli del debito pubblico, a termini dell'articolo 49; nel quale articolo è detto che il deposito dell'indennità, considerandosi *fatto per conto dei proprietari espropriati*, questi hanno diritto di esigere che *la somma depositata o da depositarsi sia impiegata in titoli del debito pubblico.* Evidentemente non si tratta in ciò che di provvedere nel modo più utile per gli espropriati alla conservazione della somma che si tiene in deposito per conto loro, in pendenza della definizione delle questioni che siano state sollevate o possano sorgere. La richiesta, che il tutore faccia in proposito, non può dunque assumere, neppure per una lontana somiglianza, il carattere d'un *atto di disposizione* della indennità di espropriazione spettante al minore. Perciò è pienamente conforme ai principii generali la disposizione della legge speciale, che riconosce nel tutore la facoltà libera di fare tale richiesta.

272. 2) Il tutore non può, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia *prendere denaro a mutuo* (art. 296 cod. civile); e data anche la relativa deliberazione del consiglio, essa è però *soggetta all'omologazione del tribunale* (art. 301 cod. civile).

I codici anteriori all'attuale nostro prescrivevano del pari pei mutui passivi, che si avessero a contrarre pel minore, quelle stesse formalità che ordinavano per le alienazioni dei beni di lui. E giustamente; perchè quegli atti, non meno di questi, possono esporre a gravissimi danni, talvolta a completa rovina, il patrimonio del minore, e condurre all'alienazione forzata dei beni di lui.

Così alcune di quelle legislazioni richiedevano, come la nostra, affinchè il tutore potesse prendere denaro a prestito per il minore, che vi fosse autorizzato dal consiglio di

famiglia, e che la deliberazione di questo fosse omologata dal tribunale; e dichiaravano inoltre non dover essere accordata l'autorizzazione, se non *per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio*, e qualora la necessità fosse dimostrata in certi modi tassativamente prescritti; e doversi pure dal consiglio di famiglia determinare nella sua deliberazione le condizioni del prestito (articoli 457, 458 cod. Francese; 380, 381 cod. Due Sicilie; 331, 332 codice Albertino). Altre vietavano al tutore di prendere denaro a prestito, senza l'ordinazione del pretore o giusdicente, ed il consenso dei due parenti più prossimi da eleggersi dallo stesso giudice, e, in loro mancanza, di due vicini; soggiungendo anch'esse che l'ordinazione dovesse accordarsi *per la sola causa o di assoluta necessità, o di evidente vantaggio* (articoli 253 codice Parmense; 286 cod. Est.). Altre esigevano semplicemente l'approvazione del giudice pupillare, o specificatamente per l'atto di prendere denaro a titolo di mutuo (legge Toscana, art. 52) o genericamente *in tutti gli affari che non appartengono all'ordinaria economica amministrazione, e che sono di maggiore importanza*, tra i quali non potevano certamente non comprendersi anche i *mutui passivi* (§ 233 cod. Austriaco).

La nostra legge assoggetta alla duplice formalità, dell'autorizzazione consigliare e dell'omologazione giudiziaria, qualunque atto con cui *si prenda pel minore denaro a prestito*. Sarebbe quindi arbitraria ogni distinzione che volesse farsi tra i casi che il prestito si prendesse contraendo pel minore una semplice obbligazione personale, o sotto una guarentia reale, di pegno o d'ipoteca; tra i casi che a favore del mutuante fossero o non fossero stipulati gl'interessi da decorrere sul capitale sovvenuto. La disposizione della legge è assoluta; parla in genere di *mutuo*, di *prestito;* non di *mutuo ad interesse*, non di mutuo guarentito da pegno od ipoteca. Chè, anzi, l'*accordare pegni od ipoteche* essendo per sè stesso un atto espressamente e distintamente annoverato tra quelli, pei quali, secondo

i citati articoli 296 e 301, richiedesi sempre la duplice formalità predetta, sarebbe stato inutile il parlare a parte dei *mutui* quando si fosse inteso riferirsi a quelli soli che fossero guarentiti con pegno od ipoteca.

D'altro lato, anche per la semplice obbligazione personale di mutuo, e ancorchè in questo non siano stipulati interessi, concorrono i motivi della legge. Se non vi è una guarentia reale stipulata sovra beni determinati del mutuatario, vi è però sempre la guarentia legale e generale, che colpisce tutti i beni mobili ed immobili, presenti e futuri di lui (articolo 1948 codice civile) e che li può esporre ad alienazione forzata. Se la stipulazione degli interessi nel mutuo è quella che lo rende più facilmente rovinoso; e se il caso di tale stipulazione essendo l'ordinario, il più frequente a verificarsi, si può ritenere che sia stato appunto più specialmente considerato dal legislatore, non può però negarsi che anche pel mutuo semplice, rimanendo vincolato il patrimonio del minore per una somma, che potrebb'essere relativamente ingente, e che quando fosse presa liberamente dal tutore senz'alcun sindacato potrebb'essere dispersa, e porre poi in gravi imbarazzi l'amministrazione allorchè venisse il tempo della restituzione, conveniva dunque prendere quelle cautele che la legge ha stimate necessarie a guarentia del minore per gli atti più gravi ed importanti, che contengano disposizione diretta o indiretta dei beni costituenti la sostanza capitale del patrimonio di lui.

La generalità della disposizione della legge non permette neppure veruna distinzione circa le cause per le quali il mutuo sia stato contratto; siano poi esse di vera ed assoluta necessità, o di semplice ma evidente utilità del minore. A tale proposito, però, vi è discordanza di opinioni intorno ai casi in cui un tutore prenda denaro a mutuo per pagare un debito certo, liquido ed esigibile, del minore, od anche surroghi convenzionalmente il sovventore nelle ragioni anche ipotecarie del credito, pel soddisfacimento

del quale assuma il mutuo, ai termini dell'articolo 1252, n. 2, cod. civile. Qualche autore ha insegnato che in tali casi " basti al tutore di consultare il consiglio di famiglia " per dimostrargli di non avere in mano denaro sufficiente " per estinguere il debito, e per regolare le condizioni del " prestito, senza bisogno di sostenere le spese, gravose e " inutili dell'omologazione giudiziaria „, e che con ciò, quand'anche si tratti di rimborsare un debito ipotecario ed esigibile, il tutore possa senz'altro, in base della sola deliberazione del consiglio autorizzante il prestito, surrogare convenzionalmente il sovventore nelle ragioni del creditore soddisfatto " poichè, si dice, la situazione del " minore restando la stessa, egli non potrebbe censurare " un prestito, il cui impiego gli sarebbe stato utile, " quand'anche il consiglio di famiglia non fosse stato con- " sultato intorno alla surrogazione „ (1).

Qualcun altro pensò invece che neppure l'autorizzazione del consiglio di famiglia sia necessaria in questi casi, trattandosi " d'una operazione la quale non peggiora la posi- " zione del minore, non costituisce realmente un prestito " nuovo, ma solo la continuazione di quello preesistente, " e infine si riduce ad un atto d'amministrazione, per la " validità del quale il tutore non ha bisogno d'essere au- " torizzato, e che il pupillo divenuto maggiore non avrebbe " interesse, nè quindi azione, ad impugnare, essendone " stato unico effetto di renderlo debitore di una persona " invece d'un'altra „ (2).

La dottrina preponderante è però contraria ad amendue le surriferite opinioni; e professa essere indispensabile l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale, affinchè il tutore possa contrarre validamente un prestito a nome del minore, ancorchè la somma mutuata sia destinata a servire al pagamento di un debito

(1) V. Toullier, t. II, n. 1223.
(2) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 410.

esigibile, di cui il creditore chieda il rimborso, ed ancorchè nelle ragioni del creditore stesso venga convenzionalmente surrogato il sovventore; ciò però, sotto riserva del diritto di quest'ultimo ad essere rimborsato dal minore nonostante la nullità del contratto di mutuo, qualora provi che il minore stesso abbia realmente approfittato della somma mutuata, ed a concorrenza del profitto che ne abbia avuto (1).

Invero il contratto di mutuo non cangia la natura sua, nè cessa di esser compreso nella lettera e nello spirito delle disposizioni degli articoli 296 e 301, perchè sia l'una piuttostochè l'altra la causa per cui il tutore si determini a devenirvi in nome del minore. Sia pure di assoluta necessità il consentirvi, mancando ogni altro mezzo per soddisfare ad un debito certo, esigibile, e di cui il creditore non voglia differire la riscossione. Non è men vero però che il riconoscere questa stessa necessità, e lo stabilire le condizioni del prestito, non poteva essere rimesso al solo apprezzamento del tutore, senza contraddire al principio, pel quale, a giusta guarentigia degl'interessi del minore, si vollero soggetti all'autorizzazione del consiglio di famiglia ed all'approvazione del tribunale quegli atti più gravi e importanti, che contenessero disposizione diretta o indiretta della sostanza capitale di lui. D'altro lato, quando anche vi fossero ragioni per dispensare in simili casi il tutore dal riportare l'autorizzazione consigliare e l'omologazione giudiziaria, trattandosi per essi di fare eccezione alla regola stabilita dalla legge pei mutui passivi che si abbiano a contrarre in nome del minore, questa eccezione non potrebb'essere stabilita che dalla legge stessa, nel cui testo ne manca ogni traccia, e sarebbe un mero arbitrio d'interpretazione il crearla fuori della legge e contro di essa. Certamente, se il minore avrà realmente approfittato del prestito preso dal tutore senza le predette formalità,

(1) V. Marcadé, art. 457, t. II, n. 260 in f.; Demolombe, t. VII, n. 729; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 2; t. V, n. 28; Laurent, t. V, n. 95, pag. 108.

perchè la somma sovvenuta sia stata effettivamente impiegata ad estinguere l'anterior debito del minore medesimo verso altri, il minore potrà trovarsi ugualmente obbligato verso il mutuante per un altro titolo, per quello, cioè, di gestione di negozio (art. 1144 cod. civile); e sotto questo aspetto potrebbe dirsi ch'egli mancasse d'interesse, e quindi di azione, per far dichiarare la nullità del contratto, non ostante la quale dovrebbe per un titolo diverso la somma mutuata. Ma ciò non parrebbe neppure perfettamente esatto; sia perchè, non ostante l'obbligo di restituire la somma del mutuo, potrebbe avere interesse a far annullare il contratto, per non essere tenuto ad adempierne tutte le condizioni, per esempio a pagare un gravoso interesse che fosse stato convenuto; sia perchè non potrebbesi contrapporre alla domanda d'annullazione del contratto di mutuo la gestione d'affari, se non a concorrenza di quanto fosse stato effettivamente rivolto ad utile gestione pel minore, e potrebbe ben darsi che non tutta la somma sovvenuta fosse stata impiegata nell'estinzione di debiti di lui. Oltre di che possono esservi altri, i quali abbiano interesse e diritto ad opporre, come aventi causa del tutelato, la nullità del contratto di mutuo consentito dal tutore senza esservi regolarmente autorizzato. Così, quando il tutore, nel prendere il mutuo, avesse surrogato, a termini dell'articolo 1252, n. 2, codice civile, il sovventore nelle ragioni anche ipotecarie del creditore, soddisfatto col danaro mutuato, altri creditori potrebbero avere interesse ad esercitare, secondo l'articolo 1234 cod. civile, il diritto competente al loro debitore di far dichiarare la nullità del contratto, allo scopo di distruggere gli effetti della surrogazione.

Nel nostro codice non fu espresso, come nella maggior parte dei codici anteriori, che l'autorizzazione a contrarre prestiti pei minori *non possa essere accordata che per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio.* Non abbiamo, intorno a ciò, che a riferirci alle osservazioni già fatte in

ordine agli atti di alienazione (1). Non si volle scrivere nel testo questa massima, affinchè non fosse considerata come una condizione legale apposta all'esercizio delle facoltà attribuite a corpi deliberanti, nei quali il legislatore riponeva ogni maggiore fiducia, nè se ne traesse pretesto per far annullare contratti intrinsecamente retti, e realmente profittevoli al tutelato. D'altronde, sarebbe stato impossibile formulare regole precise, in cui fossero prevedute tutte le circostanze particolari, che potessero consigliare a contrarre mutui nell'interesse del minore. Lo si era tentato nel progetto di codice Francese, dichiarando che l'autorizzazione a contrarre mutui potesse essere accordata al tutore:

" pel pagamento d'un debito oneroso ed esigibile;

" per fare negli stabili delle riparazioni di necessità " urgente;

" per procurare al minore una professione, od altro " qualunque vantaggioso stabilimento ".

Ma si preferì poi di abbandonare una enumerazione di casi inevitabilmente imperfetta, lasciando al consiglio di famiglia di apprezzare nelle singole circostanze dei casi le *cause di necessità assoluta o di vantaggio evidente*, che solo in questi termini così generici furono accennate nel testo. Senonchè al nostro legislatore ha potuto parere inutile questa stessa formola generale, la quale poi abbandonava completamente al consiglio di famiglia ed al tribunale la determinazione dei criteri per l'applicazione pratica ai casi particolari. Con tutto ciò, sembra certo che per la natura stessa delle cose, e pei fini generali del sistema tutelare, non potendo autorizzarsi un atto pericoloso pel patrimonio del minore, com'è un mutuo, se non quando cause gravi ne dimostrino il bisogno o la convenienza nell'interesse dell'amministrato, così il consiglio non debba autorizzare il prestito, nè il tribunale omologarlo, se non

(1) V. sopra, n. 270, pag. 1293 e seguenti.

quando per le circostanze speciali del caso ne sia provata la necessità o l'utilità manifeste. E quantunque non sia stata fatta, nè potesse convenientemente farsi, nella legge una enumerazione di casi, nei quali avesse a concedersi l'autorizzazione, principali tra essi saranno però sempre quelli ch'erano stati indicati nel progetto del codice Francese: cioè pagamento di debiti non differibili o soverchiamente onerosi, riparazioni indispensabili ai beni immobili, spese necessarie per procurare al tutelato un collocamento, una professione, uno stato.

Il nostro codice non dichiara neppure, come altri facevano, che il consiglio di famiglia nell'atto di sua deliberazione, e il tribunale in quello di omologazione, debbano stabilire le *condizioni del mutuo*. Nondimeno ci sembra evidente che ciò derivi come conseguenza indeclinabile dalla *specialità*, che per questo, come per tutti gli altri casi, vuolsi nell'autorizzazione, secondo il disposto dell'art. 297 cod. civile; perciocchè non potrebbe più dirsi *speciale per un determinato contratto di mutuo* quella deliberazione che lasciasse al mero arbitrio del tutore lo stabilirne le condizioni essenziali. Ciò, piuttosto che esercizio dell'autorità superiore conferita dalla legge al consiglio di famiglia ed al tribunale nella gestione tutelare, sarebbe un'abdicazione di quell'autorità in mani del tutore. Crediamo poi che il tribunale potrebbe nel decreto di omologazione variare le condizioni sotto le quali soltanto reputasse di poter approvare il contratto di mutuo; salvo al tutore di proporre, e al consiglio di famiglia di autorizzare, sotto riserva sempre dell'omologazione giudiziaria, un nuovo progetto, qualora il primo, modificato come fosse stato dal tribunale, non venisse accettato.

273. 3) È vietato al tutore, che non vi sia autorizzato per deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, di costituire *pegni od ipoteche* sui beni del minore (art. 296, 301 cod. civile). Anche in ciò la nostra

legislazione ha innovato alle precedenti, le quali limitavano la proibizione alla sola costituzione d'ipoteca (art. 457 codice Francese; 380 cod. Due Sicilie; 253 cod. Parm.; 286 codice Est.); ed era una innovazione coerente alla maggiore estensione, che il nostro legislatore stimò opportuno di dare alle provvidenze ordinate in riguardo alle alienazioni dei beni del minore, esigendo per esse l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale, tanto se avessero per oggetto beni immobili che beni mobili. Il pegno è pei beni mobili (art. 1878, 1879 cod. civile) quello che l'ipoteca è pei beni immobili (art. 1964, 1967 cod. civile): un *vincolo reale* imposto su tali beni a vantaggio d'un creditore, per assicurare il soddisfacimento d'una obbligazione mediante il diritto che il creditore acquista, pel caso di non effettuato pagamento, di farsi assegnare giudizialmente, fino a debita concorrenza di valore a stima, o di far vendere all'incanto il mobile datogli in pegno (articolo 1884 cod. civile), di procedere alla espropriazione forzata dell'immobile ipotecato anche contro un terzo possessore (art. 2013, 2014 cod. civ.). Così è che nell'uno e nell'altro caso codesto vincolo reale limita nel costituente quel diritto assoluto di disporre della cosa, che forma uno degli attributi della proprietà (art. 436 cod. civ.), e d'altra parte può condurre all'alienazione effettiva e forzata del bene stesso dato in guarentia, qualora il debito non venga soddisfatto. Ed è perciò che quantunque il costituir pegno od ipoteca non possa dirsi a rigore un vero e proprio atto di alienazione, è in qualche aspetto somigliante ad esso; è perciò che “ coloro soltanto i quali abbiano la capacità “ di alienare un immobile, possono sottoporlo ad ipoteca „ e “ i beni delle persone incapaci di alienare non possono “ essere ipotecati, fuorchè per le cause e nelle forme sta“ bilite dalla legge „ (art. 1974, 1975 cod. civile); e sebbene non sia espresso altrettanto riguardo al pegno, è impossibile non ritenere ugualmente che chi sia incapace ad alienare un bene mobile, non può neppure darlo a pegno,

attribuendo con ciò al creditore il diritto di farsi assegnare in pagamento la cosa pignorata, o farla vendere all'incanto. La nostra legge, che aveva subordinata la capacità del tutore per alienare beni sì immobili che mobili del minore alle formalità abilitanti dell'autorizzazione del consiglio di famiglia e dell'omologazione del tribunale, doveva dunque per coerenza richiedere le stesse formalità per dare in pegno i mobili od ipotecare gl'immobili del minore stesso.

La disposizione proibitiva, di cui parliamo, è generale; sicchè non potrebb'esser lecito di limitarla al caso in cui il tutore contraendo in nome del minore un'obbligazione personale, per esempio prendendo denaro a mutuo, costituisse nel medesimo tempo a guarentia di quell'obbligazione un pegno od un'ipoteca sovra beni del minore stesso. Chè, anzi, nel caso ora figurato, ed in altri in cui l'obbligazione contratta, e guarentita contemporaneamente con pegno od ipoteca, fosse tale per sè stessa da richiedere senz'altro la duplice formalità dell'autorizzazione consigliare e dell'omologazione giudiziaria, potrebbe parere superfluo il richiedere per la convenzione accessoria quelle formalità, che già sarebbero indispensabili per la contemporanea convenzione principale. Per altro neppur questa sarebbe un'idea esatta, potendo avvenire che l'obbligazione principale sia stata autorizzata dal consiglio e dal tribunale solo in quanto essa venga assunta nel nome del minore personalmente soltanto; nè certo, quando a ciò fosse stata limitata l'autorizzazione, potrebbe essere lecito al tutore l'aggiungervi di proprio arbitrio la costituzione d'un pegno o d'una ipoteca. Sebbene, pertanto, fossero contratte contemporaneamente l'obbligazione personale principale e la guarentia reale accessoria, sarebbe indispensabile l'autorizzazione specifica data sì per l'una che per l'altra dal consiglio di famiglia e dal tribunale. Parimente, sebbene l'obbligazione principale, per non trovarsi compresa nella disposizione dell'art. 296, potesse essere assunta liberamente dal tutore in nome del minorenne,

qualora però nel contrarla si avesse a guarentirla con pegno od ipoteca, sarebbe sempre ugualmente indispensabile l'averne ottenuta dal consiglio di famiglia l'autorizzazione omologata dal tribunale. Altro è infatti l'assoggettarsi ad un'obbligazione puramente personale, altro il vincolare inoltre per essa a guarentia reale determinati beni, perdendo relativamente ad essi la libertà di disporre; ciò che accresce notevolmente gli oneri della obbligazione, e contiene il germe d'una indiretta alienazione di quei determinati beni. Ma quand'anche si trattasse di pegno od ipoteca da costituirsi per guarentia d'una obbligazione legittimamente preesistente a carico del minore, e quando anche fosse d'interesse di lui la causa per cui si concedesse quella guarentia, per esempio allo scopo di ottenere dal creditore una proroga di termine, od altra concessione, il vincolo reale di pegno od ipoteca non potrebbe mai costituirsi validamente, se non coll'autorizzazione consigliare e colla omologazione giudiziaria.

La notata generalità delle disposizioni recate in questa parte dagli articoli 296 e 301, ci trae pertanto a questa conseguenza: che sia sempre indispensabile la duplice formalità in essi articoli prescritta, specificamente per vincolare a pegno od ipoteca i beni del minore in guarentia dei debiti di lui; sia poi che l'obbligazione personale principale sia già stata autorizzata, o che possa esser contratta liberamente dal tutore, o che preesista legittimamente a carico del minore per successione od altro titolo.

Sarebbe però un errore il pensare che la proibizione al tutore non autorizzato di costituire pegni od ipoteche abbracciasse nella sua generalità tanto i pegni o le ipoteche costituiti per debiti proprii del minore, quanto quelli con cui si assicurassero debiti di terze persone (art. 1883, 1964 cod. civile); perchè in quest'ultimo caso si tratterebbe di un atto, che non solo non sarebbe nelle libere facoltà del tutore, ma dovrebbe annoverarsi tra quelli che sono assolutamente vietati durante la tutela. Lo stabilire sui proprii

beni una guarentia reale per debiti altrui è, infatti, un atto di liberalità non meno d'una fideiussione; e chi fa quegli atti vincola, per puro animo di beneficare, al pagamento dei debiti d'un terzo quei beni determinati che sottopone a pegno od ipoteca; come chi contrae una fideiussione vincola la propria persona e i proprii beni in generale all'adempimento dell'obbligazione altrui pel caso che non vi soddisfaccia il debitore principale. Sono pertanto questi del pari atti liberali che debbono dipendere dalla sola determinazione della volontà della persona, che non possono essere nelle attribuzioni di chi amministra i beni altrui (1).

Del resto, per quanta sia la generalità dei termini dei citati articoli, essi però, parlando di *atti coi quali si accordino pegni od ipoteche*, evidentemente non possono essere riferibili che a vincoli di guarentia reale dipendenti da convenzione. Lo è sempre essenzialmente il pegno (articolo 1878 cod. civile); non così l'ipoteca, che può essere *legale, giudiziale o convenzionale* (articolo 1968 cod. civile). Quest'ultima soltanto è quindi da ritenersi contemplata nelle disposizioni degli articoli 296 e 301. Nè potrebb'essere diversamente. Sarebbe assurda perfino la supposizione che potessero richiedersi formalità speciali per rendere efficaci ipoteche derivanti direttamente dalla disposizione della legge; e tali sono veramente non solo le ipoteche legali, ma anche le *giudiziali*, per le quali la sentenza non è che il fatto giuridico, in base di cui la legge stabilisce il vincolo ipotecario sui beni del debitore a favore di chi ottenne contro di lui il giudicato, al fine di assicurare l'esecuzione di questo (art. 1970 cod. civile); ma la causa produttrice dell'ipoteca è veramente ed unicamente la disposizione della legge, tantochè nè può essere necessario che nella sentenza sia dichiarata l'ipoteca, nè potrebbe esservi pronunciato che ipoteca non dovesse esservi o non dovesse essere iscritta.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 738.

In alcuni dei codici anteriori era espresso che l'autorizzazione per ipotecare beni immobili del minore non potesse esser data se non per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio, ed indicando gli stabili da sottoporsi all'ipoteca. Nessuna dichiarazione simile si legge nel nostro codice rispetto all'autorizzazione per atti costitutivi di pegno o d'ipoteca sui beni del minore. Però, nel silenzio della legge, non abbiamo che a riferirci a quanto già esponemmo sovra argomento simile, trattando dell'alienazione dei beni compresi nella gestione tutelare (1). Non vi era bisogno di esprimere che non si avessero ad autorizzare atti che vincolassero i beni del minore a pegni od ipoteche, se non quando ne fossero giustificati i motivi di necessità o di utilità del minore stesso, ciò essendo di natura delle cose; e d'altra parte l'esprimerlo avrebbe potuto aprir l'adito a questioni di nullità delle deliberazioni autorizzanti quegli atti, se non vi si fosse fatto constare d'una necessità od utilità evidente, ciò ch'era bene evitare. La designazione poi dei beni di cui si autorizzi la costituzione in pegno od in ipoteca, è conseguenza imprescindibile della specialità essenzialmente richiesta nelle deliberazioni tutte del consiglio di famiglia, secondo la disposizione espressa nell'articolo 297 cod. civile, ed è conforme alla natura stessa dell'atto a cui si tratta di abilitare il tutore; poichè il pegno non può essere costituito che sovra cose mobili determinate, le quali siano consegnate e rimangano in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti (articoli 1878 e 1882 cod. civile), e l'ipoteca convenzionale non può essere, secondo la nostra legge, che speciale sovra determinati beni immobili, che siano specificatamente designati nell'atto costitutivo, colle indicazioni particolari prescritte dall'articolo 1979 codice civile.

Fu osservato che “ le regole relative alla costituzione di “ ipoteca pei beni del minore, siano da applicarsi ugual-

(1) V. sopra, n. 270, pag. 1293 e seguenti.

“ mente al trasferimento della ipoteca da un immobile “ sopra un altro „ (1), nè della giustezza di questa massima può dubitarsi. Sull'immobile in cui si trasferisce, è veramente una nuova ipoteca che si viene a costituire; e quantunque il minore ottenga con ciò la liberazione della ipoteca che gravava precedentemente un altro suo stabile, non si esclude però che la nuova ipoteca possa riuscirgli più gravosa della prima, e la convenzione pel trasferimento possa quindi arrecargli, invece di vantaggio, un danno, ad evitare il quale è necessario che intervenga l'autorità del consiglio di famiglia e del tribunale ad approvare l'atto. La lettera, come i motivi della legge, concorrono pertanto a giustificare la massima preaccennata.

Se una costituzione di pegno o d'ipoteca sia stata convenuta senza le prescritte formalità abilitanti, la sanzione naturale e ordinaria della inosservanza di tali disposizioni della legge consiste nella nullità relativa dell'atto, secondo la massima dell'art. 1303, n. 8, del codice civile.

Annullato nell'interesse del minore il contratto costitutivo del pegno o dell'ipoteca, potrà pertanto richiedersi a nome del minorenne stesso la restituzione della cosa data in pegno, la cancellazione della iscrizione ipotecaria eseguita, e difendersi efficacemente anche rimpetto ai terzi da tutte le azioni che in base di quell'atto costitutivo del pegno o dell'ipoteca si pretendesse di esercitare. Ha potuto però sorgere un dubbio in ordine all'azione di rimborso, che non ostante la nullità della obbligazione principale possa esercitarsi contro il minore, provando che ciò che sia stato pagato sia stato rivolto in tutto od in parte a vantaggio di lui. Il tutore, per esempio, avea preso denaro a prestito pel minore concedendo al sovventore un'ipoteca, senza esservi autorizzato nei modi prescritti dagli articoli 296 e 301 del codice civile, e si è quindi fatta dichiarare la nullità tanto del contratto di mutuo che della

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 113, 2°, B.

ipoteca; ma potendo il creditore provare che la somma da lui prestata fu realmente convertita in vantaggio del minore, per esempio nell'estinguere un altro debito, o nel fare le spese di riparazioni necessarie agli stabili del minore stesso, gli compete, a tenore dell'art. 1307 codice civile, il diritto di ottenere rimborso, a concorrenza del vantaggio, che il minore ha realmente avuto. Quest'azione di rimborso rimarrà guarentita dall'ipoteca che il tutore aveva irregolarmente conceduta? Fu risposto no; e con ragione evidente, per quanto ne pare a noi (1). L'atto costitutivo d'ipoteca è stato annullato per inosservanza delle forme, che per speciali disposizioni di legge avrebber dovuto esservi osservate; esso non può più dunque, secondo i più certi ed elementari principii, produrre alcun effetto. Il contratto stesso di mutuo è stato annullato; nè pertanto può più da esso derivare alcuna obbligazione a carico del minore. Se questi può tuttavia esser tenuto al rimborso, in tutto o in parte, di ciò che sia stato pagato al suo legittimo rappresentante, e che si provi essere stato rivolto a reale vantaggio del minore stesso, è solo in virtù della citata disposizione dell'articolo 1307, che ha reso omaggio al principio di equità, secondo cui a niuno deve essere lecito di arricchirsi a detrimento altrui. Ora, poichè codesta obbligazione di rimborso deriva unicamente dalla disposizione della legge, la quale accorda al creditore una semplice azione personale, come potrebbesi ritenere esistente la guarentia ipotecaria sul fondamento di un contratto annullato?

274. Vi è un mezzo d'assicurazione delle obbligazioni, diverso dal pegno e dall'ipoteca, del quale gli articoli 296 e 301 non parlano, e intorno a cui perciò può nascer dubbio se il tutore possa pattuirlo, in rappresentanza del minore, senza esser soggetto all'autorizzazione

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 739.

del consiglio di famiglia e del tribunale; ed è l'anticresi (art. 1891 e segg. cod. civ.).

Nella dottrina francese, alcuni autori, che si occuparono di tale dubbio, lo risolvettero nel senso che abbisognassero per la costituzione d'anticresi sui beni del minore quelle stesse formalità abilitanti ch'erano necessarie per poterli ipotecare (1). Ma tra il codice Francese ed il nostro vi è in questa parte una differenza notevole. In quello era una questione gravissima se l'anticresi costituisse, o no, un diritto reale, i cui effetti fossero opponibili ai terzi; e l'opinione, che si adottasse intorno a ciò, poteva esercitare una certa influenza sul ritenere come competente al tutore la facoltà libera di costituire l'anticresi; poichè, se essa dovea riguardarsi come un *diritto reale immobiliare*, era più facile ritenere che fosse equiparabile ad un'alienazione d'immobili, e soggetta quindi alle stesse formalità di questa. Ma il codice Italiano risolvè la questione predetta con una disposizione espressa, dichiarando nell'articolo 1897 che " *l'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore* " *e creditore e i loro eredi* "; donde la conseguenza, che *non essendo opponibile ai terzi*, l'anticresi non possa considerarsi come un *diritto reale immobiliare*, poichè in tal caso essa non potrebbe mancare d'essere esercibile contro chiunque fosse il possessore dell'immobile su cui l'anticresi fosse stabilita.

Uno scrittore nostro ha accolta la stessa opinione dei sopra citati autori francesi, adducendone questa sola ragione, che " colla ipoteca viene il pegno, *molto più l'anticresi* " (2). Ma pare che non sia caso di applicare l'argomento *a fortiori*, cui con quelle poche parole si accenna; giacchè mentre il pegno è un vero *diritto reale*, quantunque abbia per oggetto beni mobili, l'anticresi all'opposto, sebbene non possa costituirsi che sopra beni immobili, non

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 742; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 2, B, n. 25.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 296, vol. I, § 622, pag. 993.

è però ritenuta dalla nostra legge come un *diritto reale;* e da ciò non risulta già una ragione maggiore, ma minore, per assoggettarla a quelle formalità abilitanti che nell'interesse dei minorenni sono prescritte pel pegno.

Parlando della patria potestà, ci parve dimostrato per parecchie considerazioni, che il contratto d'anticresi non sia da annoverarsi tra quelli ai quali il padre di famiglia può procedere in nome del figlio soggetto alla sua potestà senza bisogno di alcuna autorizzazione, ma debba egli invece chiedere quella del tribunale civile, a norma dell'articolo 224 cod. civile (1). Ma in materia di patria potestà abbiamo la massima generale, stabilita nel detto art. 224 codice civile, che *nessun atto eccedente i limiti della semplice amministrazione* possa farsi dal genitore esercente la patria potestà, se non mediante l'autorizzazione del tribunale civile; e ci sembrò evidente che come atto di semplice amministrazione ordinaria non potesse considerarsi quello di costituire un'anticresi. All'opposto, per ciò che concerne l'amministrazione tutelare, abbiamo le disposizioni degli articoli 296 e 301, in cui sono enumerati gli atti pei quali si richiede o la sola autorizzazione del consiglio di famiglia, od inoltre l'omologazione del tribunale; dell'ultimo dei quali articoli la disposizione è tassativa, e se del primo può ammettersi l'applicazione anche per analogia, deve però usarsi in ciò molto riserbo, non facendo luogo ad interpretazione estensiva senonchè nei casi in cui l'analogia sia veramente intima e manifesta.

Da tutto questo si desume adunque essere per noi questione molto dubbia quella del potersi, o no, classificare l'anticresi fra gli atti pei quali il tutore abbisogni dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, e più ancora dell'omologazione del tribunale.

Tuttavia propenderemmo a ritenere necessaria l'una e l'altra di queste formalità. L'anticresi, è vero, non può

(1) V. vol. VII, n. 221, pag. 555 e 556.

avere per oggetto che un bene immobile, di cui il creditore acquista pel contratto il diritto di far proprii i frutti, con l'obbligo d'imputarli annualmente a sconto degl'interessi prima, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (art. 1891 cod. civile), epperò non può parificarsi al pegno, il quale non può avere per oggetto che beni mobili (articolo 1878 cod. civile). L'anticresi non è considerata nella nostra legge come costituente un diritto reale immobiliare (articolo 1897 cod. civile); e sotto questo aspetto non potrebb'essere pareggiata all'ipoteca. Non potremmo dunque comprendere l'anticresi nelle disposizioni che gli art. 296 e 301 hanno date pel pegno e per l'ipoteca. Ma quantunque gli effetti di questo contratto siano limitati ai rapporti tra debitore e creditore ed i loro eredi, non è men vero però che questi effetti consistono nell'*attribuire al creditore il diritto di far suoi i frutti dell'immobile del suo debitore* (d.° art. 1891); e tale diritto non cessa, e il debitore *non può rientrare nel godimento dell'immobile*, che ha dato in anticresi, prima che abbia soddisfatto intieramente il debito (art. 1893 cod. civile). Non è dunque una vera alienazione del godimento dell'immobile questa, che il debitore fa concedendolo in anticresi al suo creditore? E non è dunque anche un'*alienazione parziale* di dominio, poichè il diritto di godere della cosa è uno degli elementi essenziali della proprietà? (art. 436 cod. civile). Quella concessione di godimento è limitata nel tempo. Ma non lo è forse anche l'usufrutto, e nondimeno non è forse da ritenersi che la costituzione d'un usufrutto sia compresa essa pure tra le *alienazioni*, che la legge vieta generalmente di fare pei beni del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale?

Quella concessione di godimento non è opponibile ai terzi, è limitata nei suoi effetti tra il creditore e il debitore e i loro eredi. Ma ciò non sembra che possa avere influenza, quando si tratta appunto di decidere se, non ostante l'efficacia che il contratto d'anticresi dovrebbe

avere per la natura sua nei rapporti tra il minorenne debitore, ed il creditore, a cui in nome di quello fu dato un immobile in anticresi, pure per avere il tutore formato quel contratto senza esservi autorizzato, sia caso di poter far annullare il contratto medesimo. Anche un contratto traslativo della proprietà d'immobili, che non fosse stato trascritto, non avrebbe effetto riguardo ai terzi (art. 1942 cod. civile). Ma ciò impedirebbe forse di farlo annullare, se il tutore lo avesse consentito senza le debite autorizzazioni? Così pare a noi, che anche l'atto costitutivo d'anticresi possa comprendersi fra quelli di alienazione, sebbene parziale, di beni immobili, pei quali gli articoli 296 e 301 del cod. civile, nella generalità delle disposizioni ch'essi contengono in proposito, vietano che il tutore possa agire in nome del minore senza la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale.

Fu osservato eziandio che un argomento, più che di semplice analogia, *a fortiori*, possa dedursi per l'anticresi dalla disposizione della legge circa le *locazioni eccedenti il novennio;* perchè, si è detto, l'anticresi conferisce al creditore, come la locazione al conduttore, il diritto di fare suoi i frutti dell'immobile, per un tempo a cui la legge non pone limiti, e che secondo la natura del contratto deve durare finchè il debitore non abbia soddisfatto intieramente il debito (1). Senonchè, a parte ogni altra riflessione, codesto argomento, applicato alla legge nostra, avrebbe per conseguenza che per la costituzione dell'anticresi su beni immobili del minore bastasse l'autorizzazione del consiglio di famiglia, come basta per poter fare locazioni eccedenti il novennio. Ed a noi pare invece che sia pure indispensabile l'omologazione del tribunale, perchè reputiamo che la costituzione d'anticresi possa comprendersi tra le *alienazioni di beni immobili*, nel largo senso in cui questa espressione deve intendersi negli art. 296 e 301.

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 742.

275. 4) Tra gli atti, che non possono farsi dal tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, l'art. 296 indica quello di *procedere a divisioni;* e l'articolo 301 annovera tra le deliberazioni del consiglio che devono essere sottoposte alla omologazione del tribunale anche quelle relative alle *divisioni in cui sia interessato il minore.* Così è impossibile dubitare della necessità di questa duplice forma per gli atti di divisione, come per quelli di alienazione dei beni immobili o mobili del minore.

Tuttavia andrebbe lontano dal vero chi attribuisse al legislatore il pensiero che la divisione di beni comuni con altri dovesse considerarsi come un atto di alienazione. In teoria è vero che l'atto divisionale partecipa dei caratteri dell'alienazione; giacchè il condividente, che durante la comunione aveva la sua quota di condominio sovra ciascuno e sovra ogni parte dei beni formanti oggetto della comunione stessa, diviene invece proprietario esclusivo di quelli assegnatigli in divisione, perdendo correlativamente la quota di comproprietà che gli spettava sugli altri assegnati ai suoi compartecipanti, ciascun dei quali ottiene parimente la proprietà esclusiva dei beni formanti il suo lotto divisionale. Ma in diritto positivo, per gravi ragioni che non è qui il luogo di dimostrare, questo acquisto di proprietà esclusiva, sostituita alla partecipazione in una comproprietà, si è fatto retroagire fino dall'origine della comunione, stabilendo una finzione, per la quale ciascun condividente si reputa essere sempre stato, fin dal momento in cui sorse il condominio, il solo proprietario dei beni assegnatigli in quota divisionale, e non avere mai avuta la proprietà degli altri beni comuni (art. 684, 1034 codice civile); si è reso con ciò quest'atto puramente dichiarativo dei diritti dei condividenti, si è escluso assolutamente il concetto d'una traslazione di proprietà dall'uno all'altro di loro. Supporre nel legislatore il concetto di parificare nei caratteri giuridici l'atto di divisione a quello di alienazione, sarebbe perciò quanto porlo in una contraddizione

manifesta. Senonchè, ritenuto pure il carattere meramente dichiarativo dell'atto divisionale, non potevasi ommettere di considerarne la peculiare importanza; la quale non permetteva di lasciarlo in facoltà libera del tutore, ma consigliava anzi di esigere l'adempimento di tutte quelle formalità, che sono prescritte per gli atti di maggiore importanza, i quali possono compromettere la sostanza patrimoniale del tutelato. La scelta stessa del tempo opportuno a far cessare la indivisione può essere di grandissimo interesse; e non è raro che, non ostanti gli inconvenienti d'una comunione di beni con altri, vi siano ragioni potenti per ritenere vantaggioso il continuarla. Anzi la circostanza stessa d'essere partecipante alla comunione un minorenne può rendere desiderabile che non si faccia la divisione, se non quando egli, giunto a stato di capacità, possa attendere da sè a questa operazione importantissima; e tale appunto è il motivo per cui alla regola generale, che non ammette l'efficacia d'un divieto, fatto dal testatore ai proprii eredi, di domandare la divisione della eredità è fatta eccezione pel caso che tutti gli istituiti, od alcuni di loro, siano minori di età, concedendosi allora al testatore la facoltà di “ proibire la divisione dell'eredità tra i me-“ desimi, fino a che sia trascorso un anno dalla maggiore “ età dell'ultimo, salvo sempre all'autorità giudiziaria di “ poter permettere la divisione ove gravi ed urgenti circo-“ stanze lo richiedano „ (art. 984 codice civile). Eppoi, quando pure giovi al minorenne di procedere alla divisione di beni ch'egli abbia comuni con altri, o questi la esigano, com'è sempre nel loro diritto (art. 681 cod. civ.) — ma per economia di spese, o per altra ragione, si stimi opportuno di prescindere dalle forme ordinarie della divisione giudiziale, facendola invece in forma amichevole — è troppo chiaro che in questa convenzione la parte da assegnarsi al minore potrebb'essere determinata in modo non equo, non corrispondente ai diritti suoi. Ond'era naturale e ragionevole che a guarentire gl'interessi di lui contro tali pericoli

si richiedesse l'adempimento di quelle stesse formalità che si esigono per un'alienazione; mentre, se l'atto divisionale non ha, secondo il diritto positivo, i caratteri giuridici di un trasferimento di proprietà, può però produrne in fatto i medesimi effetti dannosi al minore.

Con ciò, per altro, la nostra legislazione ha lasciato luogo a potersi effettuare divisioni definitive per accordo amichevole degli interessati, ancorchè fra essi vi siano persone minori di età: salvo solo che nell'interesse di queste debbano riportarsi l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. E con una tal massima concorda infatti la disposizione generale dell'art. 986 cod. civile che ammette *potersi convenire tra i coeredi per una divisione amichevole*, senza distinguere se siano maggiori o minori di età. Non era così secondo alcuni dei codici anteriori; i quali stabilivano che allorquando in una divisione fossero interessate persone minori, essa non potesse riguardo a loro produrre i medesimi effetti che produrrebbe riguardo ai maggiorenni, se non quando fosse stata fatta nelle *forme giudiziali*, previe le stime eseguite da periti nominati dal tribunale (articolo 466, 838 cod. Francese; 389, 757 cod. Due Sicilie). Era però notato dai commentatori come l'eccessivo rigore di questa disposizione convertisse in danno effettivo pei minori quello che s'era avuto per iscopo di stabilire a loro protezione; giacchè il costo delle formalità giudiziali, senza cui le divisioni, nelle quali fossero interessati minori, si consideravano come semplicemente provvisorie, finivano per assorbire, o quasi, i tenui patrimoni. La giusta critica era stata ascoltata da altri legislatori, dei quali fu seguìto l'esempio nel codice nostro giacchè alcuni avevano dichiarato espressamente potersi fare all'amichevole le divisioni, ancorchè tra i coeredi ve ne fossero dei soggetti a tutela, ma in tal caso doversi premettere le stime fatte da periti nominati dal giudice, e le divisioni dover essere approvate con ordinazione del giudice stesso: senza queste solennità ogni altra divisione

amichevole essere da considerarsi come provvisoria (art. 943 cod. Parm.; 1024 cod. Est.); e il cod. Alb., sebbene avesse stabilito nell'art. 342 dover essere fatta nelle forme giudiziali la divisione, affinchè producesse pei minori gli effetti stessi che pei maggiori, altrimenti doversi considerarla come provvisoria, avea però soggiunto nell'articolo 1042 " potersi fare le divisioni all'amichevole anche nel caso che " vi fossero interessati minori, ma doversi allora premettere le stime dei beni, fatte da periti nominati d'accordo " o in difetto dal giudice, e le divisioni dover essere " approvate dal tribunale, previo l'avviso del consiglio di " famiglia, e sentito il pubblico ministero: senza questa " solennità la divisione amichevole considerarsi provvisoria ". Ed anche in Francia una legge del 2 giugno 1841 introdusse innovazioni tendenti a riparare ai lamentati inconvenienti, rendendo più facili e meno dispendiose le divisioni in cui fossero interessate persone minori di età, collo stabilire: che il tribunale potesse ordinare la divisione o la licitazione, senzachè fosse premessa la stima dei beni col mezzo dei periti, fissando quindi il tribunale stesso la messa a prezzo nel caso di licitazione; che potesse pure nominare un solo perito in luogo di tre, che erano prima necessari, per la stima dei beni da vendersi all'asta, perchè non comodamente divisibili, quando le parti interessate nella divisione non fossero tutte maggiori di età; che le sentenze proferite sovra contestazioni relative alla forma degli atti del giudizio divisionale, posteriori alla sommazione per prendere comunicazione del quaderno dei carichi, non potessero essere impugnate per opposizione nè per appello. Rimase però sempre fermo il principio fondamentale adottato da quella legislazione, che le divisioni definitive, nelle quali si trovassero interessate persone minori di età, non potessero farsi che *in giustizia*, colle forme speciali prescritte all'uopo dalla legge.

Il nostro legislatore, con un sistema più semplice, e ad avviso nostro più perfetto, ha ammesso, come già osser-

vammo, che le divisioni possano farsi in via amichevole quand'anche vi siano interessate persone minori di età, ed ha poi classificato l'atto divisionale tra quelle convenzioni per le quali, essendone l'oggetto eccedente i limiti dell'amministrazione ordinaria, ed essendo esse della più grande importanza, perchè vi si decide della sostanza capitale del minore, non può esser concessa al tutore facoltà libera di procedervi, ma conviene assoggettarle alla autorizzazione del consiglio di famiglia ed alla sanzione inoltre dell'autorità giudiziaria.

Ciò equivale a dire, che quando l'articolo 296 parla di *procedere a divisioni*, e l'art. 301 di *divisioni in cui sia interessato il minore*, l'una e l'altra di quelle disposizioni sia riferibile unicamente alle *divisioni amichevoli*, per le quali, secondo l'articolo 986 del codice civile, non è necessario osservare le regole stabilite negli articoli seguenti, e nel codice di procedura civile (art. 882-895); in altri termini, che l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale occorrano per rendere pienamente efficaci rimpetto al minore le *divisioni convenzionali* in cui egli sia interessato, ma non siano amendue indispensabili nelle *divisioni giudiziali*. Nè può essere diversamente; giacchè a queste ha provveduto con una disposizione distinta lo stesso articolo 296, richiedendo l'autorizzazione del consiglio di famiglia acciocchè il tutore possa *provocare giudizialmente le divisioni*; ed a luogo opportuno dimostrammo già le ragioni per le quali si dovè ritenere necessaria l'autorizzazione del consiglio *per promuovere* in nome del minore la divisione giudiziale dei beni comuni con altri, non per sostenere nel procedimento le ragioni del minore contro il condomino che chieda esso la divisione; e si dovè limitare la formalità abilitante da richiedersi, alla semplice autorizzazione del consiglio di famiglia per iniziare la procedura divisionale (1), senzachè la deliberazione relativa

(1) V. sopra, n. 211, pag. 980, n. 224, pag. 1035-1040.

dovesse poi essere sottoposta all'omologazione del tribunale. Invero, qualora il minore sia convenuto nel giudizio di divisione, o volendo rendersi attore in nome di lui il tutore, vi si sia fatto autorizzare dal consiglio di famiglia, le forme, che la legge prescrive nei citati articoli 987-999 del codice civile, 882-895 di quello di procedura civile, sono ben tali da guarentire completamente anche gl'interessi del minore, senza bisogno che il tutore abbia più ad adempiere altra speciale formalità abilitante.

Ciò non ostante, intorno a qualche accordo, a cui può farsi luogo tra i condividenti, nel corso del procedimento giudiziale di divisione, può pure nascer dubbio se per devenirvi nell'interesse del minorenne, sia necessario al tutore di riportare la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. L'art. 989 cod. civile dichiara che " *i patti e le condizioni della vendita* dei beni comuni, alla quale si faccia luogo per la impossibilità di dividere comodamente quei beni, *quando non si concordino dai condividenti,* si stabiliranno dall'autorità giudiziaria ". Ora, dato che gli altri interessati nella divisione formino un tale accordo, potrà il tutore, in rappresentanza del minorenne, acconsentirvi validamente, senza bisogno di ottenerne una speciale autorizzazione? Parrebbe che così fosse da ritenersi. L'atto del consenso a stabilire i patti e le condizioni d'una vendita, resa indispensabile dalla necessità delle divisioni, non è tra quelli annoverati nell'articolo 296, nè ha con alcuno di essi una così intima analogia da dovervelo considerare come compreso. D'altra parte il tutore, autorizzato dal consiglio di famiglia a provocare giudizialmente le divisioni, o dalla legge a sostenere le ragioni del minore nel giudizio divisionale promosso da altri condomini, deve intendersi anche autorizzato implicitamente a tutti quegli atti che al procedimento della divisione sono inerenti, e sono diretti allo scopo finale di esso. Se il consiglio di famiglia, nell'autorizzare il tutore a

chiedere la divisione, e prevedendo, com'è facile, la necessità di procedere alla vendita di beni non comodamente divisibili, stimasse opportuno di prefiggere i patti e le condizioni che per accordo amichevole cogli altri interessati potessero stabilirsi per la vendita stessa, avrebbe certamente il potere per imporli al tutore; il quale in tal caso, e se quei patti e quelle condizioni non fossero accettati dagli altri condividenti, non potrebbe concordare validamente patti diversi, e lo stabilire le condizioni della vendita non potrebbe allora spettare che all'autorità giudiziaria, a norma di detto articolo 989. Ma se il consiglio di famiglia non abbia nulla determinato in proposito, rimane al tutore, come legittimo rappresentante del minorenne, libera facoltà di concordare in nome di lui cogli altri condividenti quei patti e quelle condizioni che all'interesse comune si reputino più confacenti. Ed appunto perchè si tratta di stabilire cosa che è dell'interesse comune dei condividenti, non di interesse particolare del minore, in opposizione a quello degli altri, non apparisce il bisogno di assoggettare il tutore ad una speciale autorizzazione per poter formare un tale accordo. Per iscorgere pericoli per l'interesse del minore, e pericoli tanto gravi da dover sottoporre l'atto all'autorità del consiglio di famiglia, bisognerebbe supporre una frode, che si volesse fare in danno del minore, avvantaggiando altri condividenti. Ma se vi fosse frode, della quale questi fossero partecipi, l'interesse del minore sarebbe salvato dall'azione di nullità, che gli competerebbe contro ciò che si fosse fraudolentemente convenuto in suo danno.

Infine, non è da pretermettere l'osservazione della espressione generale ed assoluta del citato art. 989; il quale ammette potersi *dai condividenti* concordare i patti e le condizioni della vendita, senza distinguere se tra i condividenti stessi vi siano, o no, persone minori di età: chè se la legge avesse voluto a tale proposito fare una limitazione, non avrebbe mancato, come in altre disposizioni, di dichiarare

che l'accordo fosse ammissibile solo *quando le parti fossero tutte in età maggiore*, ovvero avrebbe espresso che il tutore non potesse acconsentirvi se non quando vi fosse autorizzato dal consiglio di famiglia, richiedendo per ogni altro caso che i patti e le condizioni della vendita fossero stabilite dall'autorità giudiziaria.

Sono assolute le espressioni della legge, che nell'articolo 296 richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia affinchè il tutore possa *procedere a divisioni*, e nell'articolo 301 assoggetta alla omologazione del tribunale le deliberazioni del consiglio *relative alle divisioni in cui sia interessato il minore*. Sarebbe dunque arbitraria, ed in opposizione alla generalità del testo, qualunque distinzione che si pretendesse introdurvi, sia in ordine alle cause da cui dipenda la comunione che si tratti di far cessare colla divisione, sia in ordine alla qualità dei beni che della comunione medesima formino oggetto. Che importa infatti che la comproprietà, alla quale partecipi il minore, dipenda da acquisto fatto da lui o dal suo autore in comune con altri, o da un contratto di società, piuttostochè da successione? Non cangiano per questo i motivi delle formalità da richiedersi nell'interesse del minore per la divisione che abbia a farsi dei beni comuni; mentre poi le regole concernenti le divisioni nella comunione di beni, nell'eredità e nella società, sono perfettamente identiche, per espressi riferimenti, che il testo della legge fa, dall'una all'altra di queste materie (art. 684, 1000, 1736 cod. civile). Che importa che i beni cadenti in divisione siano mobili od immobili? Intorno a ciò sarebbesi potuto trovare qualche ragione di differenza per quelle legislazioni che limitavano la prescrizione di forme abilitanti per l'alienazione di beni del minore ai soli immobili; parendo incoerente che si vietasse al tutore di procedere, senza certe autorizzazioni, alla semplice divisione di quei beni mobili ch'egli avrebbe potuto liberamente alienare. Ma nel codice nostro, che impone l'autorizzazione consigliare

e l'omologazione giudiziaria per qualunque alienazione di beni sì immobili che mobili, non può trovarsi incongruo che siano richieste identiche formalità per la divisione di beni alla cui comunione partecipi il minore, siano poi essi mobili o immobili.

Per quanta sia la generalità del testo delle predette disposizioni, esse però, manifestamente, non contemplano altro che le divisioni *definitive*, aventi per oggetto la proprietà stessa dei beni alla cui comunione partecipi il minore; nè potrebbero estendersi alle divisioni provvisorie, che avessero per oggetto il semplice godimento dei beni stessi. Di quest'ultima specie di divisioni abbiamo dimostrato, già prima d'ora, come debbano reputarsi appartenenti alle libere facoltà del tutore; il quale può, sotto la propria responsabilità, regolare come reputi più opportuno tutto ciò che concerne il semplice godimento dei beni da lui amministrati, salvo il dover rispettare ed eseguire quelle deliberazioni che il consiglio di famiglia, anche per iniziativa propria, avesse prese. Ed abbiamo pure dimostrato nella stessa occasione come, non essendosi ammessa nel nostro codice la massima, stabilita dal codice Francese, e da parecchi altri seguìta, che le divisioni, in cui si trovassero interessate persone minorenni, se fatte in conformità della legge fossero *definitive*, se irregolari per la forma non fossero che *provvisionali*, siansi con ciò evitate le questioni non lievi a cui una tal massima dava luogo, e tutto siasi ridotto alla semplice applicazione dei principii generali di diritto. Secondo i quali non è possibile confondere la divisione definitiva della proprietà, che siasi voluto convenire, quantunque lasciando inadempite le forme che dalla legge erano prescritte, colla divisione provvisoria, del semplice godimento. E se la divisione convenuta come definitiva sia nulla per difetto di forme, la dichiarazione di tale nullità produrrà il suo effetto ordinario, facendo considerare la divisione stessa come non mai avvenuta, sì per quanto riguarda la proprietà, che il

godimento dei beni comuni. Se invece siasi convenuta dal tutore, sebbene non autorizzato, una semplice divisione di godimento, essa avrà piena efficacia in questi limiti, e salvi sempre gli effetti d'una futura divisione definitiva, i quali comprenderebbero il godimento stesso insieme alla proprietà dei beni divisi (1). A quelle teorie ci riferiamo pertanto, a complemento della materia trattata in questo numero.

276. 5) La transazione essendo un contratto perfettamente sinallagmatico, con cui le parti pongono fine ad una lite pendente, o ne prevengono una che possa sorgere, mediante la rinunzia ad una parte delle rispettive pretensioni, o con altre concessioni reciproche (art. 1764 codice civile), è quindi condizione essenziale di capacità dei contraenti, che ognuno di essi sia capace non solo di obbligarsi, ma eziandio di disporre degli oggetti o dei diritti che colla transazione abbandoni o conceda all'altra parte (art. 1765 cod. civile).

Da ciò dovea derivarsi naturalmente, che il tutore, al quale la nostra legge non permise di disporre per alienazione d'alcun bene, o immobile o mobile o corporale o incorporale, del minore, se non vi fosse autorizzato dal consiglio di famiglia con deliberazione omologata dal tribunale, fosse pure soggetto alle medesime formalità per qualunque transazione. Così infatti fu disposto negli art. 296 e 301 del nostro codice, innovando anche in ciò sulle legislazioni anteriori. Delle quali alcune si limitavano a prescrivere che le transazioni nell'interesse dei minori dovessero essere approvate dal giudice pupillare (§ 233 cod. Austr.; art. 258 codice Parm.); ma altre esigevano l'autorizzazione del consiglio di famiglia sul parere conforme d'un determinato numero di giureconsulti designati dal procuratore presso il tribunale civile, e l'omologazione del tribunale stesso, dopo

(1) V. sopra, n. 247, pag. 1131-1136.

sentito il pubblico ministero (art. 467 cod. Francese; 390 cod. Due Sicilie; 344 cod. Alb.); ed un'altra ancora distingueva pel valore dell'oggetto di transazione, stabilendo che qualora non superasse le mille lire, bastasse l'assenso di due prossimi parenti del tutelato e l'autorizzazione del giusdicente, altrimenti fosse necessaria inoltre l'omologazione del tribunale (art. 291 cod. Est.).

Il legislatore italiano, mentre mantenne la più perfetta osservanza dei principii secondo l'indole propria del contratto di transazione, evitò di esagerare, non richiedendo per esso nell'interesse del minore altre formalità maggiori di quelle che sono imposte per gli altri più gravi atti di disposizione dei beni di lui. Se bastano l'autorizzazione consigliare e l'omologazione del tribunale per fare validamente qualunque atto di alienazione a titolo oneroso dei beni del minore, perchè per transigere, facendo concessioni o rinunzie di pretesi diritti, limitate e reciproche, si doveva esigere in più il parere favorevole d'un collegio di giureconsulti? Allegavasi che le transazioni implicano d'ordinario delle questioni di diritto, intorno alle quali raramente vi sono nel consiglio di famiglia persone competenti a pronunciarsi. Ma il consiglio di famiglia è presieduto dal pretore. Se qualche transazione avesse a versare su questioni gravi e difficili, e specialmente se si trattasse di prevenire una lite, anzichè di finirne una già pendente e della quale fosse già palese l'avviamento e prevedibile l'esito più probabile, sarebbe della prudenza del consiglio il richiedere quei voti di giurisperiti che riconoscesse necessari ad illuminarlo. In ogni caso poi l'autorità del tribunale, a cui dev'essere sottoposto per l'omologazione il deliberamento che autorizzi la transazione, è una guarentia sufficiente che l'interesse del minore non venga offeso.

La generalità delle disposizioni, che richiede le accennate due formalità per tutte le transazioni, esclude qualunque idea di possibile distinzione relativa ai beni od ai

diritti che ne formino oggetto, siano essi mobiliari o immobiliari. Ciò era ritenuto concordemente anche in diritto francese (1), sebbene quella legislazione usasse in generale minor rigore quanto agli atti di disposizione dei beni mobili, lasciandone libera facoltà al tutore. Tanto più doveva essere ammesso dal codice Italiano, che non fece rispetto alle alienazioni dei beni del minore la distinzione tra i mobili e gl'immobili, ed alla regola generale, che richiede per tali alienazioni la duplice formalità dell'autorizzazione consigliare e dell'autorizzazione giudiziaria, non fece altra eccezione che quella pei frutti e pei mobili soggetti a facile deterioramento.

Questa stessa limitazione però ce ne suggerisce un'altra, che è necessario ammettere anche nella materia di cui trattiamo, sebbene nel testo non se ne trovi fatto alcun cenno espresso. Basta infatti rammentare il principio, che è generalmente capace a fare una transazione chi abbia la capacità di disporre degli oggetti compresi in essa (art. 1765 cod. civ.) per doverne conchiudere che anche il tutore possa senz'alcuna autorizzazione transigere relativamente a quegli oggetti che sono compresi nelle libere sue facoltà; salva sempre, s'intende, la responsabilità sua per la mala gestione che in ciò avesse fatto degli affari del minore. Così dovrà essere quando si tratti di definire o prevenire contestazioni giudiziali relative al conseguimento delle rendite, a contratti di locazione non eccedenti il novennio, a vendite di frutti, o di mobili appartenenti al minore e soggetti a facile deterioramento, ad acquisti di oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio, e in generale ad oggetti di semplice amministrazione ordinaria.

Ma potrà il tutore liberamente transigere sovra azioni possessorie promosse in nome del minore, o intentate da

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 125, n. 7; Demolombe, t. VII, n. 747; Aubry et Rau, t. I, § 113, n. 30; Laurent, t. V, n. 96, pag. 109.

altri contro di lui? Ciò non sembra ammissibile, di fronte alla generalità del testo, che vieta qualunque transazione, se non sia autorizzata dal consiglio di famiglia ed omologata dal tribunale. È vero che il tutore non è vincolato ad alcuna formalità abilitante per promuovere in giudizio azioni possessorie pel minore, nè per difenderlo da queste o da altre azioni che siano esercitate contro di lui. Ma altro è il provvedere ad una semplice difesa, od anche il rendersi attore in un giudizio, che ha scopo meramente conservativo, come il possessorio; ed altro il transigere. Quel qualunque sacrificio, a cui nella transazione si sottoponesse il minore, costituirebbe un'alienazione di diritti; la quale, sia pure che riguardi il solo possesso dei beni di lui, eccede sempre le facoltà libere del tutore, e richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. D'altronde anche la risoluzione d'una questione relativa al possesso non manca d'influire rispetto al diritto medesimo di proprietà, principalmente perchè l'onere della prova di questo diritto incombe a colui che abbia ad agire contro il possessore.

277. 6) Anche il *compromesso* è annoverato dagli articoli 296 e 301 tra gli atti che non sono permessi al tutore senza una deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale. E ciò pure costituisce una innovazione fatta dal nostro codice alle legislazioni anteriori; le quali ponevano invece tra gli atti, che non potevano farsi mai pei minori, il compromesso, considerandolo come più grave e pericoloso della transazione, nel senso che chi transige acconsente, per finire o prevenire una lite, a sacrifici di cui misura l'importanza, mentre chi rimette ad arbitri la decisione di una controversia si espone all'ignoto, sacrificando intanto la garanzia che gli offre un giudizio di magistrato. In diritto francese la massima che i tutori non potessero compromettere, neppure coll'autorizzazione del consiglio di famiglia e

coll'omologazione del tribunale, era infatti professata da tutti gli autori (1).

Il legislatore italiano non reputò conveniente di precludere pei minori questa via onde può giungersi a por termine con grande risparmio di tempo e di spese a molte contestazioni, e specialmente a quelle di piccolo interesse, le quali portate dinanzi all'autorità giudiziaria potrebbero spesso cagionare spese superiori al valore dell'oggetto litigioso. Nè si è arrestato pel riflesso che sia impossibile prevedere l'utilità o il danno pel minore di compromettere in arbitri le controversie che lo riguardano; perchè a tale considerazione si è contrapposta non solo la convenienza di non convertire la protezione che si volle accordare ai minori nel negar loro quello che per le persone capaci era considerato come un benefizio, ma eziandio la fiducia che è da porsi nella prudenza del consiglio di famiglia, al quale è riserbato di concedere o rifiutare l'autorizzazione pel compromesso, secondochè l'indole della causa e le circostanze tutte del caso consiglino, e la sicurezza anche maggiore che ispira la necessità dell'autorizzazione da riportarsi dal tribunale. D'altra parte ciò è in armonia colla massima generale scritta nell'articolo 9 del codice di procedura civile, secondo cui “ il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può “ liberamente disporre della cosa su cui cade la contro- “ versia, non ha effetto se non quando sia approvato nei “ modi stabiliti per la transazione „.

Da questo stesso principio crediamo però potersi argomentare, che nei casi particolari, in cui sia lecito al tutore di transigere indipendentemente da qualunque autorizzazione, egli possa pure liberamente compromettere in arbitri le controversie relative a tali oggetti. Poichè il legislatore ha assimilato completamente il compromesso alla

(1) V. Proudhon, t. II, pag. 399; Duranton, t. III, n. 597; Marcadé, t. II, art. 467, n. 274; Demolombe, t. III, n[i] 778 e 779; Aubry et Rau, t. I, § 113, n[i] 48, 49; Laurent, t. V, n. 100, pag. 111.

transazione in ordine alle limitazioni di capacità degli amministratori di beni altrui, come potrebbesi senza incoerenza escludere questa parificazione allorchè per transigere sia concesso a quegli amministratori facoltà piena e libera? Ora parendo, per quanto osservammo nel numero precedente, che sia da riconoscersi nel tutore il potere di transigere, senza bisogno di esservi autorizzato, sulle contestazioni relative ad oggetti dei quali nella gestione sua egli possa liberamente disporre, sembra pure doversi ritenere che simili controversie possano da lui essere compromesse in arbitri, senza doverne riportare l'autorizzazione consigliare e l'omologazione giudiziaria. Aggiungasi ancora, che se il tutore, trattandosi di contestazioni relative ad oggetti dei quali egli avrebbe la libera disposizione, potrebbe aderire alle istanze dell'avversario senza bisogno di farvisi autorizzare dal consiglio di famiglia, salva sempre la responsabilità propria (1), a maggior ragione dev'essergli lecito di rimettere ad arbitri la decisione di tali contestazioni. Una tal massima parrebbe dunque doversi ritenere applicabile quando si trattasse di controversie risguardanti la riscossione delle rendite, le locazioni a breve tempo, le vendite di frutti e di mobili soggetti a facile deperimento, gli acquisti di oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio.

Ma le questioni possessorie non potrebbero formare oggetto di compromesso per solo consenso del tutore. Egli non può disporre dei beni del minore, neppure quanto al possesso di essi, non può su tali questioni transigere; non può dunque nemmeno compromettere senza le formalità abilitanti prescritte dagli articoli 296 e 301. È libero veramente, quanto a codeste azioni possessorie, non solo nel difenderne il minore contro cui siano intentate da altri, ma ancora nel promuoverle giudizialmente in nome del minore stesso. Ma altro è il rendersi attore davanti ai

(1) V. sopra, n. 215, pag. 995-998.

giudici naturali, con tutte le garanzie che i giudizi ordinari offrono; altro il deferire la risoluzione della controversia ad arbitri rinunciando a tali garanzie. A ciò fa ostacolo la disposizione generale ed assoluta della legge, che per qualunque compromesso esige l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale.

278. Non è dubbio che l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale, nei casi in cui sono richieste dalla legge, debbano regolarmente essere ottenute prima che si proceda all'atto giuridico pel quale sono necessarie, come si richiede generalmente per ogni forma abilitante. Nondimeno si è fatta questione, se un'approvazione posteriore dell'atto compiuto senza tali autorizzazioni possa convalidarlo retroattivamente. Intorno al qual punto avendo noi già avuto occasione, trattando d'altra materia, di riferire alcune autorevolissime opinioni, alle quali non abbiamo creduto però di poterci conformare intieramente, ci limiteremo qui a richiamare la conclusione a cui ci reputammo autorizzati dalle considerazioni ivi esposte: che, cioè, non si possa veramente far luogo all'autorizzazione consigliare ed all'omologazione giudiziaria d'un atto già anteriormente compiuto, ma solo si possa chiedere l'autorizzazione e l'omologazione predetta per una *formale conferma* di quell'atto annullabile, adempiendo inoltre tutti i requisiti necessari *per gli atti di conferma in generale* (1).

(1) V. vol. VII, n. 225, pag. 574-576.

(*d*).

Degli atti assolutamente vietati al tutore.

Sommario. — 279. Distinzione di due diverse categorie tra gli atti che sono dalla legge assolutamente vietati al tutore. — 280. 1) Delle donazioni ed altri atti di liberalità. — 281. 2) Della proibizione al tutore di comperar beni del minore. — 282. Casi di eccezione, nei quali è ammissibile che il tutore possa comperar beni in cui anche al tutelato appartengano diritti di proprietà. — 283. 3) Della proibizione al tutore di accettare la cessione di crediti od altri diritti contro il minore. — 284. Se debba ritenersi proibita al tutore la surrogazione nei diritti d'un creditore del minorenne, pagando il debito di quest'ultimo, o la novazione, mediante cui il tutore stesso si sostituisca come nuovo creditore all'antico del minorenne. — 285. Quale sia la *sanzione della proibizione fatta al tutore*, per l'accettazione della cessione di crediti od altri diritti verso il minore; e quali effetti derivino dall'annullazione di tali atti.

279. In altre parti di questa trattazione avemmo già ad accennare come sianvi atti assolutamente vietati al tutore durante l'esercizio dell'ufficio suo, e questi distinguemmo in due classi; essendovene alcuni che per la natura loro dovendo emanare unicamente dalla volontà della persona, ed essere manifestazioni dirette e pienamente indipendenti di tale volontà, sono quindi ineffettuabili per opera d'un rappresentante legale, per quanto ampi ne siano i poteri, epperò durante la tutela riescono completamente impossibili; ed altri poi, che il diritto positivo proibì ai tutori, perchè il permetterli avrebbe dato luogo tra i doveri e gl'interessi dei tutori medesimi ad un conflitto, che avrebbe potuto essere pericoloso pei tutelati, in danno dei quali l'interesse del tutore avrebbe facilmente prevalso al dovere (1).

La differenza, però, dei motivi sui quali è fondata la proibizione della legge, non è l'unica che interceda fra le accennate due classi di atti. Nè per l'esattezza teorica

(1) V. sopra, n. 155, pag. 717: n. 209, pag. 972.

manca d'importanza il notare come la prima soltanto di quelle classi riguardi ad atti che non possono farsi dal tutore in rappresentanza del minore: mentre l'altra concerne atti che il tutore non può fare in proprio, contraendone col minore dei rapporti, che a tutt'altra persona sarebbe lecito contrarre. Nella prima di quelle categorie di atti si ha una limitazione, necessariamente derivante dai principii generali, alla capacità del tutore nel governo dei beni del tutelato, una limitazione alla regola che quello rappresenta questo in tutti gli atti civili. Nella seconda si ha una eccezione apportata dal diritto positivo alla capacità personale del tutore in ciò che riguarda il regime del patrimonio suo proprio, sebbene tale eccezione derivi appunto dalla qualità di tutore della persona colla quale in dipendenza di determinati atti si verrebbero a contrarre rapporti.

Invero, gli atti appartenenti a quest'ultima categoria sono quelli previsti nella prima parte dell'articolo 300 del codice civile, dov'è detto che “ il tutore e il protutore “ *non possono comprare i beni del minore, nè accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il medesimo* „. Ora, è troppo evidente che qui non si tratta d'una limitazione fatta alla capacità del tutore nell'amministrazione dei beni del tutelato, ma di una eccezione alla regola generale per cui qualunque persona avente l'ordinaria capacità a contrattare può eziandio comprare beni (art. 1456 cod. civile) od acquistare per cessione crediti, altri diritti, od azioni; quantunque tale eccezione sia motivata nella specie dalla qualità di tutore spettante a chi renderebbesi compratore o cessionario.

Perciò la sede più acconcia di queste disposizioni sarebbe veramente nel titolo della vendita, e nel capo di quel titolo riguardante la cessione dei crediti od altri diritti. Difatti nell'articolo 1457 troviamo dichiarato che “ non “ possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, “ sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente, nè

“ per interposte persone:..... i tutori, i protutori e i curatori dei beni delle persone soggette alla loro tutela, “ protutela o cura „. E la cessione dei crediti o di altri diritti non essendo nella sostanza altro che una vendita (art. 1538 cod. civile) soggetta quindi alle medesime regole generali di questo contratto, salve solo le disposizioni particolari che si trovano scritte nel capo speciale riguardante codeste cessioni, non può dubitarsi che la disposizione dell'art. 1457 valga anche per la proibizione ai tutori ed ai protutori di acquistare per cessione crediti od altri diritti appartenenti al minore. Per tanto in questa parte la disposizione dell'articolo 300 è riprodotta con più ampie dichiarazioni nell'articolo 1457, che completa quello, e serve ad interpretarlo. È solo per l'acquisto mediante cessione di crediti od altri diritti spettanti a terzi verso il minore, che la proibizione di tale acquisto al tutore non è scritta che nel titolo della tutela. Nel quale se troviamo così comprese disposizioni, direttamente ed immediatamente riguardanti piuttosto ad altre materie, è per l'opportunità di riunire sotto il titolo stesso le norme tutte che regolano i rapporti fra tutori e tutelati.

280. 1) Accennammo già, nei luoghi citati sotto il numero precedente, le ragioni per le quali, secondo i principii generali, sebbene manchi in proposito una disposizione espressa di legge, sarebbe impossibile ammettere la facoltà nel tutore di fare coi beni dell'amministrato atti di liberalità quali che fossero. Ogni liberalità è un atto di disposizione, che ha per causa sentimenti personali, nè può quindi emanare fuorchè dalla volontà individuale di colui col patrimonio del quale vien fatta; è quindi un atto che eccede per la sua stessa natura ogni più ampia facoltà, che possa attribuirsi ad un amministratore di beni altrui.

Il tutore, pertanto, non può mai disporre dei beni del minore a titolo gratuito; non lo può, nè egli solo, nè coll'autorizzazione del consiglio di famiglia; non lo può

con una donazione formale, nè con qualunque altra liberalità, sebbene indiretta, o coperta sotto apparenza d'un contratto oneroso. Così sarebbero nulle ugualmente la condonazione d'un debito di terza persona verso il minore, la transazione sopra una controversia immaginaria, che celasse una vera liberalità, la donazione dissimulata sotto l'apparenza esteriore d'una vendita, e simili. Può ritenersi generalmente che nessuno dei contratti a titolo veramente e meramente gratuito possa mai essere consentito validamente dal tutore, in rappresentanza del tutelato. Intorno a che ci limitiamo a riferirci alle idee che esponemmo con ampio sviluppo su questo argomento trattando della patria potestà (1).

Vi sono però certe piccole liberalità, che per la natura loro, e per la causa speciale da cui muovono, possono considerarsi come atti di ordinaria amministrazione, perchè volute dall'uso e dai rapporti di buona convivenza, perchè ogni buon padre di famiglia le pratica, perchè si soddisfanno sulle rendite senza intaccare la sostanza patrimoniale, o molte volte hanno un carattere *rimuneratorio*, che ne modifica l'indole e non permette di considerarle come mere liberalità. Queste pertanto potrebbero essere fatte dal tutore, anche senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia; purchè, s'intende, stessero entro quella misura che le circostanze, le facoltà del minore e la condizione sua potessero consigliare ad un prudente padre di famiglia.

Inoltre dalla proibizione assoluta d'ogni atto di liberalità, a spese del patrimonio del minore, durante la tutela sono da eccettuarsi le *donazioni per contratto di matrimonio*; che il minore può fare egli stesso in occasione del matrimonio cui sia capace a contrarre, purchè in tale atto sia assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la celebrazione valida del matrimonio medesimo (art. 1052, § 3, combinato col 1386 cod. civile).

(1) V. vol. VII, n. 211-216, pag. 521-539.

281. 2) La legge nostra vieta ai tutori, ai protutori ed anche ai curatori, di comprare i beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela, o cura (art. 300, 1457, § 3, cod. civile). Altre legislazioni limitavano una tale proibizione al solo tutore; ed i commentatori erano concordi nell'assegnarne come motivo l'*opposizione d'interessi*, che si era voluta evitare, tra il minorenne e il suo tutore (1).

Potrebbesi rispondere, forse, che all'opposizione d'interessi provvede un'altra disposizione della legge; la quale per tali casi affida la rappresentanza del minorenne a quello che è detto *tutore surrogato* nel codice Francese, e *protutore* nel nostro (art. 420 cod. Francese; 266 codice Italiano). Ma ciò costituirebbe poi una garanzia sufficiente pel tutelato? Tale fu ritenuta veramente dalla legge per altri contratti, sebbene contenenti disposizione dei beni del minore; i quali contratti non si vietò che potessero aver luogo fra tutore e tutelato, salvo il dover questo essere rappresentato dal surrogato tutore o protutore, e il doversi riportare, secondo i casi, l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed anche l'omologazione del tribunale. Ma non parve da ammettersi per la compera e vendita dei beni del minore, essendosi temuto che il tutore abusasse della posizione sua e delle cognizioni particolari che deve avere intorno ai beni da lui amministrati, per distogliere altri dall'acquisto, e riserbarlo per sè a condizioni svantaggiose pel tutelato. Questi pericoli erano per altro temperati grandemente dall'intervento attivo del protutore per rappresentare il minorenne nel contratto, dalla necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, che pure dev'essere a conoscenza piena degl'interessi del minore, e dall'omologazione, eziandio, del tribunale, indispensabile trattandosi d'un atto di alienazione. In diritto romano era

(1) V. Marcadé, art. 450, § III, t. I, n. 246: Demolombe, t. VII, n. 750; Laurent, t. XXIV, n. 43, pag. 54.

pure ritenuto, come regola generale, che il tutore non potesse comprare le cose del pupillo, sia in considerazione dei pericoli di frode, sia perchè *tutor in rem suam auctor esse non potest* (L. 34, § 7, Dig. XVIII, 1; L. 5, § 2, Dig. XXVI, 8). Ma la proibizione si faceva cessare se vi fosse un *contutore*, che approvasse il contratto, fatto d'altronde in buona fede, reputandosi con ciò rimossi i preindicati motivi della proibizione stessa; o se la cosa del minore fosse venduta pubblicamente alla subasta per decreto di giudice, ritenendosi che l'autorità del giudice equivalesse all'intervento d'un contutore, ed allontanasse i pericoli di frode (L. 5, § 2, Dig. XXVI, 8; L. 5, Cod. IV, 38).

Il maggior rigore usato dal codice Francese, e da altri che l'imitarono, tra i quali il nostro, può forse talvolta produrre risultamenti contrari allo scopo che il legislatore si è proposto, di proteggere gl'interessi del minore; poichè la proibizione assoluta al tutore di comprarne i beni, impedisce al minore di approfittare della disposizione che il tutore avesse, sia pei suoi rapporti coll'amministrato, sia per conoscenza più particolare dei beni da alienarsi, o per vantaggi ch'egli solo potesse trarne per vicinanza d'altri suoi beni, o per altra causa, a consentirne un prezzo maggiore di quello che da chiunque altro potesse essere offerto; e in caso di vendita all'asta pubblica, ne allontana forzatamente un concorrente.

Comunque sia, tale è la legge, e tali ne sono i motivi.

Come notammo da principio, il codice Francese ed altri limitavano la proibizione di comprare i beni del minorenne al solo tutore. Ond'era che se tutti si trovavano concordi nell'ammettere che da tale proibizione fosse colpito chiunque avesse la qualità vera e propria di tutore, e quindi anche i *contutori*, i *protutori* ed i *tutori ufficiosi*, nasceva poi grave disputa per stabilire se alla proibizione stessa dovessero reputarsi soggetti anche i *tutori surrogati*, i *curatori*, i *consulenti giudiziari*. E quantunque molti,

appoggiandosi al principio che " possono comprare o vendere tutti coloro ai quali la legge non lo vieta „ (art. 1594 codice Francese, 1456 cod. Ital.) ed alla mancanza d'un testo che lo proibisse ai surrogati tutori, curatori e consulenti giudiziari, pei beni del minore, sostenessero che la disposizione eccezionale d'incapacità, stabilita pei soli tutori, non potesse estendersi agli altri (1); non mancavano però opinioni autorevolissime anche per l'assunto opposto (2).

Il legislatore Italiano ha data la preferenza a quest'ultima opinione, estendendo la proibizione di comprare i beni del minore ai *protutori* ed ai *curatori*, oltrechè ai tutori. Tuttavia sarebbe difficile sostenere la parità di motivi per tutte queste persone. Il protutore non ha parte attiva nell'amministrazione ordinaria dei beni del minore, nè spetta a lui, ma al tutore, di rappresentare il tutelato nel contratto di vendita. Dov'è dunque l'opposizione tra i doveri d'ufficio e l'interesse personale di lui? Qual ragione vi è di supporre che in causa appunto dell'ufficio suo egli abbia dei beni del minore quella conoscenza particolare che deve averne naturalmente il tutore? Quale motivo di temere che abusando della sua posizione riesca più facilmente di altri a distogliere concorrenti all'acquisto dei beni del minore? Il curatore poi non ha nè l'amministrazione dei beni, nè la rappresentanza personale del minore, a cui semplicemente presta la sua assistenza e il concorso pei contratti ed atti eccedenti la semplice amministrazione, ch'egli abbia a fare. È ben difficile adunque di trovare nella posizione del curatore l'identità con quella del tutore, e scorgervi gli stessi motivi per vietargli di poter comprare beni del minore. Ma anche qui, il testo della legge è decisivo. L'articolo 300 parifica il tutore e il protutore nella

(1) V. Duranton, t. XVI, n. 134; Duvergier, *De la vente*, n. 188; Aubry et Rau, t. IV, § 351, n. 12; Laurent, t. XXIV, n. 46.

(2) V. Magnin, *Traité des minorités, tut. et curat.*, t. II, n. 1185; De-Fréminville, *Traité de la min. et de la tut.*, t. I, n. 164; Demolombe, t. VII, n. 375.

proibizione di comprare i beni del minore; e l'art. 1457, che riproduce, completa ed interpreta questa parte del predetto articolo 300, estende la medesima proibizione anche ai *curatori*.

L'espressione della legge è generale ed assoluta. Sarebbe quindi impossibile l'introdurvi una distinzione qual che si fosse, sia desumendola dalla qualità dei beni da alienarsi, sia dal modo in cui la vendita si effettuasse. Il testo parla di *beni del minore;* e comprende perciò tanto i mobili che gl'immobili, tanto i corporali che gl'incorporali. O si tratti di vendere un fondo, o una casa, o un diritto d'enfiteusi, d'usufrutto od altro immobiliare, o le mobilie, o un gregge o crediti od altri diritti mobiliari del minorenne, il tutore, il protutore o il curatore sono egualmente incapaci per legge a comprare questi beni. Il testo parla in genere di *compera;* e ciò stesso basterebbe per escludere qualunque distinzione tra vendite private e quelle fatte all'asta pubblica; l'art. 1457, § 1, ha poi tolto ogni dubbio in proposito con una dichiarazione espressa. Nè tra le vendite all'asta pubblica potrebbero eccettuarsi quelle che seguissero per espropriazione forzata, promossa dai creditori del minorenne. Esse pure cadono sotto la generale espressione dell'art. 300; nè d'altra parte vi è diversità alcuna nei motivi per escludere i tutori, protutori e curatori, dal poter concorrere alla compera (1).

Per l'applicabilità della disposizione dell'art. 300, non potrebbesi certamente ritener necessario che il tutore, protutore o curatore, avesse contrattata la compera direttamente, poichè tanto vale che taluno faccia personalmente ciò che gli è vietato dalla legge, quanto che lo faccia per mezzo d'altri; ma anche qui, a rimuovere ogni possibile disputa, l'art. 1457 ha dichiarato espressamente che i tutori, protutori e curatori, non possono comprare i beni

(1) V. De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. II, n. 791; Demolombe, t. VII, n. 752; Aubry et Rau, t. IV, § 351, n. 7.

del minore, *nè direttamente, nè per interposte persone.* Qui però non vi sono *presunzioni d'interposizione di persone* stabilite dalla legge. Nè potrebbesi argomentare per analogia dalla disposizione dell'art. 773, § 2, cod. civ.; chè non si estendono per analogia le presunzioni legali. Chi allegasse l'interposizione di persona dovrebbe dunque provarla, secondo i principii generali (1).

Sarebbe parimente impossibile, a fronte della proibizione assoluta del testo, l'ammettere che per circostanze eccezionali, quali che si fossero, potesser mai i tutori, protutori e curatori, contrarre validamente la compera di beni del minore, in seguito a speciale autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, come possono il tutore o il protutore con una simile autorizzazione prendere in affitto i beni del minore, giusta la disposizione finale del medesimo art. 300. L'incapacità di quelle persone al contratto di compera è pronunciata dalla legge senz'ammetterne alcuna limitazione. Non può essere in facoltà del consiglio di famiglia e del tribunale il restituire alle persone predette, per considerazioni quali che siano, e per quanto gravi, quella capacità che ad esse fu tolta dal legislatore. Così anche importantissimi e manifesti interessi del minore, che per avventura rendessero opportuno il permettere, almeno in via d'eccezione, che il tutore, protutore o curatore, comprasse beni del minorenne, dovrebbero inevitabilmente rimanere sagrificati all'inflessibile rigore del testo.

Per quanto generali ed assolute, le predette disposizioni degli art. 300 e 1457 cod. civ. non parlano però che di *compera dei beni del minore*. Perciò, e pel principio che le incapacità create dalla legge non possono estendersi oltre ai casi da essa determinati, sembra dunque certo che per

(1) Duranton, t. XVII, n. 138; Troplong, *De la vente*, t. I, n. 193; Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 193; Aubry et Rau, t. IV, § 351, n. 17; Laurent, t. XXIV, n. 49.

qualunque altro titolo oneroso, che non sia di vero e proprio contratto di compra e vendita, ad esempio per permuta o cessione in pagamento d'un credito, anche i tutori, protutori o curatori di minorenni possano acquistar beni appartenenti a questi; purchè, s'intende, il relativo atto di alienazione sia autorizzato dal consiglio di famiglia con deliberazione omologata dal tribunale, e salvo che il minorenne nel contratto col tutore debba essere rappresentato dal protutore, come nel contratto con questo dovrebbe essere rappresentato da quello, e nel contratto col curatore debba essere assistito da un altro *curatore speciale.*

Qualora, in onta alla proibizione della legge, un tutore, un protutore o un curatore abbia comperato beni del minore soggetto alla sua tutela, protutela, o cura, il contratto d'acquisto è *nullo relativamente al minore* stesso, nell'interesse del quale soltanto quel contratto può pertanto essere impugnato.

La nullità del contratto d'acquisto nel caso predetto è espressamente dichiarata nell'art. 1457, il quale, come già abbiamo notato, completa la disposizione del precedente articolo 300. Ma del resto, anche senza quella dichiarazione, la nullità stessa deriverebbe incontestabilmente dai principii generali; secondo cui la capacità civile di contrattare è annoverata tra i *requisiti essenziali per la validità di un contratto* (art. 1104 cod. civ.) e incapaci di contrattare sono dichiarati *generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti* (art. 1106, § ultimo, codice civile).

Che poi quella nullità debba reputarsi *relativa soltanto al minore*, i cui beni siano stati comprati dal tutore, protutore o curatore, nè possa quindi esser proposta da queste persone, contro le quali è stabilita la proibizione di acquistare, risulta chiaramente dal riflesso, che tale proibizione essendo fatta nel solo interesse del minore, i cui beni si vendono, la nullità conseguente non può quindi essere che relativa a lui, e nell'unico interesse di lui oppo-

nibile. Così intorno a questo punto l'accordo della dottrina è perfetto (1). Senonchè recentemente un illustre autore, pur concordando anch'egli nella massima sopraddetta, ha osservato che " in generale le persone incapaci possono " esse sole invocare la propria incapacità, e proporre la " nullità che ne deriva (art. 1125 cod. Napoleone, corri" spondente all'art. 1107 codice Italiano) perchè la legge, " dichiarandole incapaci, intende a proteggerle contro sè " stesse. Ma non è così dell'incapacità stabilita dall'arti" colo 1596 (corrispondente al 1457 codice Italiano); la " quale disposizione è diretta *contro gl'incapaci*, per evitare " ch'essi possano abusare della loro posizione a fin di " lucrare a detrimento di coloro di cui devono curare " gli interessi. È questa *una proibizione* anzichè *una* " *incapacità* „ (2).

A noi però sembrerebbe più esatto il dire che la proibizione fatta ai tutori, e, secondo la legge nostra, anche ai protutori ed ai curatori, di comprar beni del minorenne, costituisce una di quelle *incapacità relative*, le quali per natura e necessità delle cose si riproducono e corrispondono sì attivamente che passivamente. Ciò che la legge vieta è la trasmissione della proprietà di beni, per titolo di compra e vendita, dal minore al suo tutore, protutore o curatore. E in conseguenza di tale proibizione, tanto è incapace il tutore, protutore o curatore di comprar beni del minore, quanto questi, o chi per lui, è incapace di venderli a quelli. Anzi tra le predette incapacità, l'una all'altra corrispondenti, sarebbe piuttosto da considerarsi come preponderante quella che accennammo da ultimo; giacchè è lo spogliarsi il minore della proprietà dei beni suoi in favor di persone le quali potrebbero abusarne, che la legge si propone di evitare. Posto ciò, diviene chiaro

(1) V. Duranton, t. XVI, n. 139; Troplong, *De la vente*, t. I, n. 194; Demolombe, t. VII, n. 755; Aubry et Rau, t. IV, § 351, n. 19.

(2) V. Laurent, t. XXIV, n. 50.

che la massima d'essere puramente relativa al minore la nullità della vendita di beni di lui fatta a favore del tutore, protutore o curatore, non deroga punto alla regola degli articoli 1125 del cod. Francese, 1107 del codice Italiano; poichè il divieto di quella vendita costituisce un'*incapacità del minore*, stabilita al fine di proteggere lui contro i pericoli che a tali vendite si reputarono inerenti.

282. Non ostante la generalità ripetutamente notata della disposizione che vieta ai tutori e, secondo la nostra legge, anche ai protutori e curatori, di comprar beni del minore ad essi soggetto, la dottrina e la giurisprudenza si accordano però nell'ammettere che sianvi alcuni casi in cui tali compere siano lecite; e cioè quando il tutore, avendo crediti ipotecari verso il minore, concorra alla subastazione dei beni ipotecati, di cui egli stesso abbia provocata l'espropriazione, o siasi fatto surrogare nella procedura promossa da altri; quando nella divisione di beni, di cui sia comproprietario col minore, si renda aggiudicatario dei beni medesimi posti in licitazione; quando il tutore, essendo usufruttuario di beni appartenenti in proprietà al minore, si renda acquirente di essi nella vendita che si faccia simultaneamente della nuda proprietà e dell'usufrutto (1).

Qualche autore qualifica queste come eccezioni alla proibizione fatta dalla legge ai tutori. Ma se quali eccezioni dovessero veramente considerarsi, diverrebbe difficile ammetterle, non potendo una limitazione ad una disposizione legislativa generale procedere da altro che dalla legge stessa.

Qualcun altro ha osservato parlarsi nella legge di *beni appartenenti al minore;* e ciò doversi intendere di beni che

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 4 n. (*a*); Duvergier sur Toullier, t. II, n. 1251; Demolombe, t. VII, n. 753, 754; Aubry et Rau, t. IV, § 351, n. 8, 9, 10; Laurent, t. XXIV, n. 45.

siano nella proprietà di lui piena ed esclusiva, non di beni dei quali il tutore abbia il condominio. A questo modo però ci sembra attribuito alla disposizione predetta un senso che non può esser quello inteso dal legislatore. Egli volle impedire al tutore la compera di beni del minore, senza distinguere di quale specie questi beni siano, temendo gli abusi che il tutore stesso potrebbe fare della posizione sua in danno dell'amministrato. Ora un diritto di proprietà imperfetta, o di proprietà comune con altri, non è forse un bene del minore, e non cade quindi nella disposizione generale della legge? Se si vendesse l'usufrutto o il dominio utile d'un fondo, spettante al minore, o si vendessero i beni che fossero comuni tra lui e terze persone, per esempio coeredi, non pare dubbio che il tutore del minorenne non potrebbe essere compratore di quei beni. Vi osterebbe il testo della legge, vi osterebbero anche i motivi, perchè i pericoli temuti per il minore si verificherebbero pure, quand'anche si trattasse di una proprietà imperfetta, o comune con altri.

È vero che in quest'ultimo caso i comproprietari maggiori di età, vegliando al proprio interesse, proteggerebbero insieme quello del minore. Ma nella via dei sospetti, non sarebbe temibile ancora che il tutore si accordasse cogli altri interessati per dividere con loro un benefizio a detrimento del tutelato? Ad ogni modo, la generalità del testo resisterebbe assolutamente ad ammettere che nei casi preaccennati potesse il tutore comperare il diritto costituente smembramento di proprietà, o la quota di condominio appartenente al minore.

La massima professata dalla dottrina, ed applicata dalla giurisprudenza, che la proibizione della legge non si spinga fino ad impedire ad un tutore, che sia egli stesso comproprietario di beni col suo tutelato, di rendersi acquirente dei beni stessi in una licitazione, che se ne faccia per impossibilità di comoda divisione, non può dunque fondarsi sull'idea che quella proibizione si limiti alla compera

dei beni dei quali il minore abbia la proprietà piena ed esclusiva.

Nondimeno crediamo che tanto quella, quanto le altre massime sopraccennate, possano giustificarsi sotto un diverso aspetto. Non si tratta con esse di creare eccezioni limitanti la generalità d'una disposizione proibitiva, ciò che sarebbe manifestamente arbitrario, ma di stabilire il vero senso in cui quella disposizione sia stata scritta; nel che non bisogna restringersi al mero significato letterale delle parole, ma è d'uopo richiamar pure lo spirito della disposizione nei motivi che l'hanno ispirata, al fine di stabilire quale sia stata la vera intenzione del legislatore. E ciò tanto più deve ammettersi, trattandosi di disposizione che stabilisce un'incapacità, epperò deve interpretarsi ed applicarsi in senso stretto, anzichè ampliativo.

Ora, quando la legge ha vietato al tutore, al protutore e al curatore di comperare i beni del minore, volle manifestamente impedir loro di procurarsi con tali contratti un vantaggio, pel quale potrebbero essere compromessi gl'interessi del minore; ma non intese per certo d'imporre al tutore, al protutore e al curatore il sacrificio d'alcun loro interesse legittimo. In tutto l'ordinamento della tutela domina questo principio; che all'onere per sè gravosissimo di quegli uffici pubblici e gratuiti non debba aggiungersi alcun detrimento patrimoniale a danno di chi n'è investito.

È evidente, d'altra parte, che in ognuno dei casi sopraccennati vi è pel tutore, protutore o curatore, un interesse legittimo, che verrebbe pregiudicato dalla proibizione di rendersi acquirente dei beni spettanti in tutto od in parte al minore.

Se il tutore ha un credito ipotecario verso il proprio amministrato, ed esercitando i suoi diritti legittimi ha provocata egli stesso, agendo contro il protutore, l'espropriazione forzata del bene ipotecato, ovvero si è fatto surrogare nella procedura di esecuzione promossa prima da

altri creditori, egli ha senza dubbio un interesse legittimo di rendersi aggiudicatario di quell'immobile, affinchè ne sia fatto salire il prezzo a quella giusta misura, che valga ad assicurargli il pagamento del credito proprio. Altrimenti la qualità di tutore gli farebbe subire un'effettiva perdita patrimoniale, che non fu, nè poteva essere nella intenzione del legislatore d'infliggergli.

Se i beni, che il tutore abbia comuni col tutelato, non essendo comodamente divisibili, vengano posti a licitazione, il tutore comproprietario ha ancora evidentemente un interesse legittimo di concorrere all'acquisto, acciocchè una vendita fatta a prezzo troppo tenue non lo privi in parte del valore effettivo della sua quota di comproprietà. D'altro lato, lungi dal compromettere con ciò gl'interessi del tutelato suo comproprietario, li avvantaggia anzi nel tempo stesso che provvede ai proprii.

Le stesse considerazioni possono ripetersi ancora pel caso che vengano posti in vendita beni, dei quali spetti l'usufrutto al tutore, la nuda proprietà all'amministrato; giacchè l'essere tutore e tutelato partecipi della proprietà d'un medesimo bene per lo smembramento degli attributi di essa, anzichè per una ripartizione di quote, non cangia sostanzialmente la posizione del tutore quanto all'interesse legittimo ch'egli ha di far salire il prezzo della vendita al giusto valore del bene, per non essere pregiudicato nel proprio diritto d'usufrutto, tutelando il quale egli giova contemporaneamente anche all'interesse del minore pel diritto di nuda proprietà a lui spettante.

283. 3) L'art. 300 del nostro codice proibisce pure al tutore ed al protutore di " accettare la cessione di " alcuna ragione o credito verso il minore ".

Disposizioni identiche erano scritte nel codice Francese (art. 450, § 3), in quello pel regno delle Due Sicilie (articolo 373, § 3), nell'Albertino (art. 315, § 2). E tutte riconoscevano la loro origine da una regola del diritto

Giustinianeo (Nov. 72, Cap. V); per la quale dichiaravasi *inesistente giuridicamente* (*invalida tamquam si neque ab initio facta fuerit*) ogni cessione di diritti, che un curatore riportasse per qualunque titolo, oneroso o gratuito (*aut per donationem, aut per venditionem, aut alio quolibet egerit modo*) contro il minore soggetto alla sua cura; sia che lo facesse direttamente o per interposta persona (*neque per se, neque per interpositam personam*) durante l'esercizio della curatela, o dopo (*et non solum donec fuerit curator, prohibemus eum ab hujusmodi cessione, sed neque post ea gerere concedimus*) acciocchè non si potesse dissimulare una cessione ottenuta mentre si era curatore, per farla poi apparire ed invocarne gli effetti dopo cessato l'ufficio: e per maggiore sanzione disponevasi, che non solo la cessione dovesse riguardarsi come inesistente nei rapporti fra il curatore cessionario e il minore, ma nè curatore, nè cedente potessero esercitare alcuna azione contro il minore stesso, il quale perciò rimanesse liberato dal debito (*pro non facto id esse quod agitur, et lucrum fieri adolescentis, licet haec cessio pro veris causis facta sit; non ut remeat rursus ad eum, qui cessit, tamquam si nihil quasi in medium contra legem visum fuerit actum; sed cadat ab eis, quae ex hoc sunt quaesita, propter transgressionem nostrae legis, et haec minorem lucrari. Nam si non hanc imposuerimus poenam, facilia erunt ea quae sunt malignitatis, et eum qui cessit, faciet iterum movere: et per medium ea, quae sunt cessionis, recipiet, legem per suam malignitatem circumveniens*).

Sebbene la legge nostra non abbia riprodotti, come vedremo appresso, tutti questi estremi rigori, ha però mantenuto fermo il principio della proibizione al tutore ed al protutore d'acquistare per cessione ragioni di credito od altre verso il minore soggetto alla loro tutela o protutela. Secondo alcuni autori francesi, i motivi di questa proibizione sarebbero identici con quelli che indussero a vietare al tutore la compera di beni del minore; consisterebbero, cioè, nell'impedire che quello si ponesse in conflitto d'interessi

con questo, col pericolo che il tutore sacrificasse al proprio interesse il dovere che gl'incombe di promuovere il maggior vantaggio del suo amministrato. Il qual dovere, soggiungono, imporrebbe al tutore, qualora il diritto formante oggetto della cessione fosse litigioso, di difendere il minore contro la pretensione di tale diritto, anzichè speculare sopra una cessione di esso in pregiudizio del minore medesimo; e qualora il diritto fosse incontestato, e tuttavia potesse tacitarsi il creditore con una somma minore del valore reale del credito, di conchiudere questo affare in nome e nell'interesse del tutelato, anzichè nel proprio. Oltre di che, dicono infine, vi è ancora la considerazione del pericolo che il tutore, divenuto cessionario d'un credito o d'altra ragione contro il minore, sia tentato e riesca a sopprimere le quitanze od altri documenti che potessero dimostrare inesistente od estinto in tutto od in parte il diritto ceduto (1).

Dubitiamo però che sia veramente esatta l'idea d'una perfetta parità di motivi tra il caso che il tutore compri i beni del minore, e l'altro che accetti da un terzo la cessione di crediti od altre ragioni verso il minore medesimo. Nel primo, è nel contrattare la compera che il tutore può trovarsi in lotta tra il dovere, che gl'imporrebbe di trarre dalla vendita il maggior vantaggio che fosse possibile pel minore, e l'interesse, che lo spingerebbe a procurare per sè la maggiore utilità nella compera, ed essere così tentato a sacrificare il dovere all'interesse. Ma, come già osservammo, possono anche verificarsi circostanze, nelle quali sia evidente che il tutore contrattando col protutore, che in tal caso dovrebbe, a norma dell'art. 266, rappresentare il minore, una compera dei beni di quest'ultimo, faccia insieme al proprio, o forse con sacrificio del proprio, l'interesse del minore medesimo. E per tali casi può forse deplorarsi che il rigore assoluto della legge escluda ogni

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 756; Laurent, t. XXIV, n. 51.

rimedio possibile, non permettendo che nemmeno in via di eccezione, con apposita deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, possa farsi luogo a tali contratti. Nel secondo caso invece, nessun conflitto d'interessi può esservi tra tutore e tutelato nella formazione del contratto, che il tutore fa con un terzo accettando da questo la cessione di crediti od altri diritti verso il minore. La posizione di quest'ultimo rimane inalterata rimpetto al tutore cessionario, quale precisamente era verso il cedente, non altro avvenendo che un cambiamento nella persona del creditore. Se non è che appunto questa sostituzione d'un nuovo creditore all'antico, che operandosi in favore del tutore per l'accettazione che egli fa d'una cessione di diritti appartenenti ad un terzo contro il minore, pone il tutore medesimo, per fatto suo e per fine di speculazione, in una condizione contraria a quella che l'ufficio obbligatorio e pubblico della tutela gl'impone. Egli, che dovrebbe essere il difensore del pupillo, e respingere con tutte le eccezioni ed i mezzi, che a questo possono appartenere, le domande dei creditori; si costituisce invece, volontariamente ed a scopo di lucro, avversario del proprio amministrato, e prende interesse a combattere e rendere inefficaci quelle eccezioni e quei mezzi di difesa che dovrebbe propugnare. Vero è che subentra a lui, nel rappresentare e difendere il tutelato, il protutore: ma con assai maggiori difficoltà a fronte del tutore, il quale può avere molti mezzi con cui abusare della sua posizione, e può anche, se frodolente, avere preordinate le cose a proprio vantaggio prima ancora della cessione, forse fin dal tempo della formazione dell'inventario, sottraendo dalle carte del minore quei documenti che rendessero contestabile, od anche dimostrassero nullo od estinto in tutto od in parte il credito da lui poscia acquistato per cessione. Potevasi permettere al tutore di crearsi così una posizione contraria a quella che gli è assegnata dall'ufficio suo? Potevasi lasciare in sua balìa l'opportunità di speculare

in danno del proprio amministrato, e fargli frode? Col vietargli l'accettazione di cessioni simili non gli s'impone, in fine, alcuna diminuzione del suo patrimonio ; solo gli s'interdice di fare, per aumentarlo, un contratto, che se non è per sè stesso e direttamente in danno dell'amministrato, può nei suoi risultamenti produrre questo effetto, e dare al tutore i mezzi di abusare impunemente dell'ufficio suo, e di frodare colui che è affidato alla sua protezione. Troviamo qui ben altri e più potenti motivi, che non siano quelli pei quali fu proibito ai tutori, protutori e curatori di comprare i beni del minorenne. E riconosciamo pienamente giustificata la massima, che il nostro legislatore ha tolta dalla legislazione Giustinianea, quantunque temperandone in qualche punto il rigore, relativamente alla cessione, che il tutore accetti, di crediti od altre ragioni contro il minore; mentre all'opposto dubitiamo assai dell'opportunità di averne abbandonati gl'insegnamenti quanto alla compera dei beni del minore, che il diritto romano interdiceva al tutore per la ragione che *tutor in rem suam auctor esse non potest*, ma che perciò appunto gli permetteva quando avesse un *contutore;* condizione questa a cui supplirebbe nel sistema della nostra legge l'esservi sempre un *protutore*, destinato a rappresentare il minore ed agire per lui in tutti i casi in cui l'interesse del minore medesimo si trovi in opposizione con quello del tutore.

Il primo dubbio, a cui lascia luogo la disposizione del nostro art. 300, per ciò che riguarda le cessioni di ragioni e crediti contro il minore, è per le persone a cui la proibizione di accettare simili cessioni possa applicarsi. Poichè, mentre sì in ordine alla compera dei beni del minore, che all'accettazione di cessioni di crediti o diritti contro di lui, la disposizione proibitiva di detto articolo contempla soltanto il *tutore* e il *protutore*, ma il medesimo divieto è poi esteso, come vedemmo, dall'art. 1457, § 3, anche ai *curatori*, non trovasi, nel Capo che tratta *della cessione dei*

crediti o di altri diritti, veruna disposizione che dichiari non potersi dai *curatori*, come dai *tutori* e *protutori*, accettare da altri la cessione di crediti od altre ragioni verso il minore. Nè varrebbe l'osservare che codeste cessioni essendo dalla legge espressamente qualificate come vendite, giacchè l'art. 1538 parla della *vendita o cessione d'un credito, d'un diritto o di un'azione*, nè essendo poi in questo Capo delle cessioni regolata con norme speciali la capacità a *farle od accettarle*, il legislatore siasi implicitamente riferito al Capo 2°, in cui si tratta *delle persone che possono comprare e vendere;* e quindi anche la disposizione dell'articolo 1457 sia da ritenersi applicabile alla cessione di crediti od altri diritti. L'osservazione non mancherebbe certo di giustezza. Ma tutto ciò che se ne può dedurre è che quand'anche si tratti di vendere un credito od altra ragione *del minore*, nè il tutore, nè il protutore, nè il curatore possano rendersene cessionari. E di questo non dubitiamo; sia per la generalità del testo dell'art. 1457, § 3, sia perchè i motivi che indussero il legislatore a vietare ai tutori, protutori e curatori la compra dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura, sono identici, sia che si tratti della vendita di beni mobili o immobili per natura, o di beni mobili per determinazione della legge, o immobili per l'oggetto a cui si riferiscono. Ma il caso di cui parliamo ora non è di una compra, che il curatore faccia di beni formanti parte attiva del patrimonio del minore soggetto alla sua cura; bensì di cessione, ch'egli accetti da un terzo, di ragioni gravanti passivamente quel patrimonio. Evidentemente, non è caso compreso nel testo dell'art. 1457; nè può dirsi che vi si estendano i motivi di esso, poichè se al legislatore ha potuto parere in qualche modo contraddittorio che quel curatore, il quale per ufficio suo dovrebbe assistere il minore affidato alla sua cura in qualunque atto eccedente la semplice amministrazione, ed impedire che egli con tali atti in qualunque modo si pregiudicasse, potesse poi

comprare egli stesso i beni del minore, procurando probabilmente di volgere il contratto al maggior vantaggio proprio, nulla di simile si verifica allorquando il curatore non faccia che accettare da un terzo la cessione di ragioni contro il minore. Tutt'al più, se accada poi che le ragioni cedute divengano oggetto di contestazione giudiziale, verrà il caso di dover nominare per l'assistenza al minorenne un curatore speciale.

D'altra parte, vi è sopra tutte le già accennate una ragion decisiva; la quale non permetterebbe, in mancanza della disposizione testuale, di estendere ai curatori la proibizione fatta ai soli tutori e protutori, quando pure si potesse dire che vi fosse identità di motivi: e cioè, che trattandosi d'incapacità, e la legge che la stabilisce essendo perciò di eccezione, non potrebb'esser lecito estenderla da caso a caso, per qualunque ragione di analogia, per quanto grave e manifesta si fosse.

La disposizione dell'art. 300, che ora commentiamo, è generale anch'essa, inquantochè vieta al tutore ed al protutore di " accettare la cessione di *alcuna ragione o credito* verso il minore ". E da ciò deriva una prima conseguenza incontestabile; che quella proibizione debba applicarsi alla cessione di qualunque ragione altrui, che implichi diminuzione di proprietà, obbligazione o carico qualsiasi pel minorenne. Perciò i crediti verso di lui sono indicati nel testo genericamente; e vi si deve comprendere ogni ragione creditoria, sia che vi corrisponda un'obbligazione ipotecaria, o semplicemente personale, e qualunque ne sia l'oggetto, la causa, il titolo. Perciò non meno genericamente vi sono indicate tutte le ragioni attive contro il minore; e vi si comprendono, come i pretesi diritti di rivendicazione di beni posseduti dal minore, così quelli di enfiteusi, d'usufrutto d'uso, d'abitazione, ed altri reali sopra beni del minore, sia che formino, o no, uno smembramento della proprietà di essi, e quindi anche gli speciali oneri che per qualunque causa e titolo siano inerenti ai beni medesimi,

qualora vi corrispondano diritti per sè stanti, epperò suscettibili di separata cessione. Ma, ben s'intende, per determinare se una cessione accettata dal tutore, avendo per oggetto una ragione od un credito verso il minore, sia colpita dalla proibizione dell'articolo 300, bisogna avere riguardo al tempo in cui tale cessione siasi perfezionata pel consenso delle parti: chè se a quel momento il diritto ceduto non portasse con sè alcuna azione contro la persona o sui beni del minore, non potrebb'essere invalidata neppure se più tardi quel diritto divenisse per qualunque causa esercibile contro il minore stesso; come quando il tutore si fosse reso cessionario d'un credito competente contro un'eredità regolarmente ripudiata a nome del minore, la quale però venisse ulteriormente da lui accettata (art. 950 codice civile) (1).

La stessa generalità del testo, e l'applicazione dei principii generali di diritto, nonchè un argomento di analogia deducibile dall'art. 1457 del codice, inducono a ritenere che la cessione di ragioni o crediti verso il minore non possa essere accettata dal tutore o dal protutore, *nè direttamente, nè per interposte persone*. Così dichiarava espressamente la succitata Novella 72 di Giustiniano; così stabilisce pure il nostro articolo 1457 per le compere, che i tutori, i protutori o curatori facciano di beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura. E quantunque non sia ripetuto in termini relativamente alla cessione, che il tutore o il protutore accettino, di crediti o ragioni contro il minore, non sarebbe conforme alle buone regole d'interpretazione l'escluderlo in tale ultimo caso; essendo un principio generale di diritto, questo, che ogni incapacità stabilita dalla legge per un determinato atto o contratto, debba produrre la nullità dell'atto o contratto medesimo, quand'anche esso sia compiuto col mezzo d'interposta persona; poichè ciò che taluno operi per mezzo

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 757; Laurent, t. XXIV, n. 52.

d'altri deve riputarsi come fatto da lui medesimo, e d'altro lato si aprirebbe libero adito a trasgredire impunemente la legge col ritenere una massima contraria. Per altro anche qui dovremmo ripetere ciò che dicemmo altra volta: non potersi, cioè, applicare per analogia le *presunzioni d'interposizioni di persona stabilite* dalla legge per altri casi (1).

Un'ultima conseguenza dedurremo ancora dalla sovranotata generalità del testo; ed è che nè il tutore, nè il protutore potrebbe accettare la cessione d'un credito o d'altro diritto verso il minore soggetto alla sua tutela o protutela, quand'anche fosse coerede, o comproprietario del diritto di cui accettasse la cessione, o la ricevesse in pagamento d'un proprio credito, o fosse possessore del fondo soggetto al diritto ceduto; per esempio, tenendo un immobile soggetto ad ipoteca per garanzia d'un debito personale del minore, si facesse cedere il credito, o possedendo come usufruttuario un bene, la cui proprietà piena apparisse far parte del patrimonio del minore, si facesse cedere le ragioni che altri pretendesse di avere a quella stessa proprietà, o possedendo beni di cui l'autore del minorenne avesse promosso contro di lui la rivendicazione, si facesse cedere i diritti che un terzo accampasse su quei medesimi beni. Simili eccezioni sono ammesse da un testo espresso di legge quanto al diritto di retratto, ch'essa concede a colui contro il quale sia stato da altri ceduto un diritto litigioso (art. 1546, 1548 cod. civ.). Ma le ragioni, che giustificano l'eccezione in quel caso, non hanno alcuna relazione coll'attuale. Chi accetti la cessione d'un diritto litigioso per *giuste cause*, quali sono quelle previste dall'art. 1548, è ben equo che venga esonerato dall'azione, per la quale colui che sarebbe passibile del diritto litigioso ceduto potrebbe esigere la propria liberazione mediante il rimborso del prezzo reale di cessione,

(1) V. sopra, n. 281, pag. 1348, 1349.

delle spese e di tutti i legittimi pagamenti eseguiti, oltre ai corrispondenti interessi. Cessa allora il motivo fondamentale del *retratto;* dappoichè la posizione stessa del cessionario dimostra ed accerta ch'egli non ha riportata la cessione per ispirito di litigio e di speculazione, ma per conservare diritti proprii. Quando invece è un tutore o un protutore, che nelle condizioni predette accetta la cessione d'un diritto altrui contro il tutelato, i motivi da cui fu indotto il legislatore a vietargli una tale accettazione sussistono sempre, ancorchè il procurarsi la cessione di quel diritto muova per lui da una causa speciale e giustificata; essendo vero ugualmente che con quella cessione egli si crea una posizione contraria a quella a lui spettante per l'ufficio suo, assumendo un interesse proprio ad oppugnare quelle ragioni del pupillo che gli incomberebbe di difendere; e che d'altra parte la sua stessa condizione nell'ufficio tutelare gli facilita i mezzi di giovare a sè pregiudicando l'amministrato, od anche frodandolo.

Del resto, anche indipendentemente dai motivi della legge, basterebbe rammentare il principio che le disposizioni eccezionali non sono suscettibili d'estensione per analogia, per doverne senz'altro conchiudere che le eccezioni ammesse dall'art. 1548 al retratto nelle cessioni di diritti litigiosi, non possono essere applicabili alla proibizione che l'art. 300 fa senz'alcuna limitazione ai tutori e protutori, di accettare la cessione di diritti altrui verso i minori soggetti alla loro tutela o protutela. Tale è l'opinione professata anche nella dottrina Francese (1).

Non ostante la generalità, per quanto amplissima, della disposizione che commentiamo, della quale generalità abbiamo esaminate ora le conseguenze, non possiamo per altro dimenticare che l'art. 300 stabilisce a carico del tutore e del protutore un'*incapacità*, e perciò quella disposizione non dev'essere nella sua interpretazione ed appli-

(1) V. Duranton, t. III, n. 600; Demolombe, t. VII, n. 762.

cazione portata oltre ai termini in cui fu dal legislatore concepita. E poichè è detto che " il *tutore* e il *protutore* non " possono... accettare la *cessione* d'alcuna ragione o cre- " dito *verso il minore* " par chiaro che la proibizione sia limitata, pel tempo, alla sola durata della tutela, e per la qualità dell'atto, alla sola *cessione a titolo oneroso*. Nell'una e nell'altra idea erano infatti concordi i commentatori del codice Francese, alla cui disposizione è conforme quella del nostro (1); sebbene in amendue i punti fosse contrario il diritto Giustinianeo, che proibiva l'accettare cessione di diritti contro il minore anche a chi era stato, ma avea cessato di essere curatore di lui (*non solum donec fuerit curator prohibemus eum ab hujusmodi cessione, sed neque post ea gerere concedimus*) e non ammetteva distinzione del titolo oneroso o gratuito sotto cui la cessione fosse fatta (*aut per donationem, aut per venditionem, aut alio quovis modo*).

Poichè, infatti, il testo parla di cessione di diritti verso il *minore*, la quale sia riportata *dal tutore* o *protutore*, è manifesto che si riferisce unicamente ad una cessione la quale divenga perfetta *durante la tutela o protutela esercitata dal cessionario*.

E il significato, che attribuisce la legge alla parola *cessione*, è chiarito dalla definizione datane nell'art. 1538, dove si parla di *vendita o cessione* di un credito, d'un diritto o d'un'azione, vale a dire d'una *cessione a titolo oneroso*; quantunque nel senso più lato sotto il nome di cessione si comprendano anche quelle che si facciano a titolo gratuito.

D'altronde, anche i motivi della legge concorrono per le medesime conclusioni.

È solo durante la tutela, che chi è investito di quell'ufficio, rendendosi cessionario di diritti contro il minore, si

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 759, 762, 764; Aubry et Rau, t. I, § 116, 3; Laurent, t. XXIV, n. 52.

crea una posizione contraria a quella che il suo ufficio medesimo gl'impone; è solo mentre esercita l'amministrazione tutoria ch'essa può dargli mezzi di pregiudicare ed anche frodare il tutelato, di cui si faccia avversario. Immaginare, com'era espresso nella Novella Giustinianea, che durante l'ufficio si preordinassero le cose in vista d'una futura cessione, rimuovendo i documenti e gli altri mezzi coi quali il minore potesse difendersi, per dare più tardi effetto alla cessione stessa quando le funzioni fossero finite (*ne forsan hoc considerans, abscondat rem et praeordinans illud male, postmodum a cura cessaverit et latere fecerit, quod maligne egerit, forte jam nunc non curator existens cessionem accipiat et rem maligne disponat*) parve una presunzione di frode da non ammettersi. Se frode vi sarà stata, e ne verrà somministrata la prova, la cessione sarà annullabile per questo motivo, sebbene fatta posteriormente alla cessazione dell'ufficio del tutore o protutore. Ma se frode non vi è, od almeno non si hanno mezzi di provarla, perchè si dovrebbe mantener soggetto all'incapacità di accettare cessioni di diritti, contro il proprio amministrato d'un tempo, chi più non avesse la qualità di tutore o di protutore, sol perchè l'ebbe altra volta?

Similmente la sola accettazione d'una cessione *a titolo oneroso* può costituire dalla parte del tutore o del protutore una speculazione pericolosa per l'amministrato; e si può impedirla a quelli senza assoggettarli ad una diminuzione di patrimonio, ma unicamente interdicendo ad essi un contratto, che diretto a procurar loro un lucro, potrebbe tentarli di far danno al tutelato abusando della propria posizione verso di lui. All'opposto, se la legge avesse proibito al tutore ed al protutore qualunque acquisto di crediti od altri diritti contro il minore, per titolo anche meramente *gratuito*, non si sarebbe limitata ad impedire a quelle persone di fare per fine di lucro un contratto disconveniente alle funzioni di cui sono investite, ma avrebbe in realtà inflitta al tutore od al protutore una

diminuzione di patrimonio, rendendosi così ingiusta verso di loro per un eccesso di protezione a pro del minore. Ciò infatti non può ammetter dubbio allorchè il tutore o il protutore succeda per legge o per testamento a chi abbia crediti od altri diritti contro il minore, neanche qualora tali crediti o diritti formino oggetto di legato particolare, poichè il diritto ai beni dell'eredità, od al conseguimento della cosa legata, essendo acquisito *ipso jure* dall'erede o dal legatario fin dal momento dell'aperta successione, indipendentemente da qualunque atto di accettazione (art. 862, 925 cod. civ.) si spoglierebbe manifestamente il tutore o il protutore d'un'attività già entrata a far parte del suo patrimonio, vietandogli d'approfittare di quel credito o diritto contro il minore. Oltre di che il testo medesimo resiste a ciò; poichè vi si parla di *cessione*, nè come tale può certamente qualificarsi la successione ereditaria o il legato, nè trattandosi d'incapacità ad atti civili può esser lecito estenderla.

Qualche dubbiezza potrebbe presentarsi soltanto relativamente alla *donazione*, perchè non divenendo essa perfetta se non mediante l'accettazione del donatario (art. 1057 codice civile) non si priva questo d'un diritto già acquisito vietandogli di accettarla; e d'altro lato la parola *cessione* comprendendo nel suo più ampio significato anche quella che facciasi per atti di liberalità, potrebbe sotto questo aspetto estendersi la proibizione dell'art. 300 anche all'accettazione di donazioni, che avessero per oggetto la trasmissione in favor del tutore o del protutore di ragioni o crediti verso il minore, al che conforterebbe inoltre la disposizione espressa in tal senso del diritto romano.

Senonchè le riflessioni già fatte, che la legge parlando specificamente di *cessione* intende di riferirsi alla *vendita di crediti, diritti od azioni*, come la definisce l'art. 1538, e che si versa in materia d'incapacità, nella quale deve seguirsi un'interpretazione stretta, ed escludere l'ampliativa, sembrano sufficienti a stabilire che la disposizione

proibitiva dell'articolo 300 sia limitata alle cessioni a titolo oneroso.

D'altra parte, se è vero che coll'accettare la cessione gratuita d'un credito od altro diritto verso il minorenne il tutore o il protutore concorre direttamente con un atto di volontà propria all'aquisto d'un diritto, che lo costituisce in condizione di avversario a fronte del proprio tutelato, è vero ancora che corre una differenza ben grande tra il proibire al tutore di fare un contratto a scopo di lucro per acquistare diritti contro l'amministrato, e l'impedirgli di approfittare d'una donazione fattagli da un terzo, ciò che equivarrebbe in sostanza, sebbene indirettamente, ad un'effettiva diminuzione di patrimonio; e che poi è affatto estranea all'accettazione d'una liberalità altrui l'idea di una speculazione in danno del tutelato, l'impedir la quale constituisce invece il motivo fondamentale della proibizione fatta nell'art. 300.

Reputiamo pertanto ben fondata l'opinione comune, che nemmeno l'accettazione di donazioni di crediti od altri diritti verso il minore cada nella proibizione predetta (1).

È notevole, da ultimo, come la proibizione stessa si limiti, secondo i termini in cui è formulata, e secondo i motivi sui quali è fondata, al solo acquisto *specifico*, mediante cessione, di determinate ragioni di credito od altre verso il tutelato.

Così se il tutore o il protutore comprasse un'eredità devoluta ad altri, e nella quale fosse compreso anche un credito od una ragione qualsiasi verso il minore, non sarebbe invocabile l'art. 300 per impedire al cessionario l'esercizio di codeste ragioni particolari. Non essendosi potuto vietargli di accettare la cessione dell'eredità, non sarebbe possibile escluderne quella particolare attività che ne fa parte integrante, senza offendere un suo diritto

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 761; Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 5; Laurent, t. XXIV, n. 52, pag. 62.

legittimo, privandolo effettivamente d'una parte di sostanza patrimoniale. Ciò sarebbe tutt'altro che vietargli semplicemente di fare un contratto compromettente gl'interessi del tutelato.

Considerazioni simili sarebbero applicabili al caso che il tutore o protutore comprasse da un terzo un fondo, il quale godesse d'una servitù attiva sopra un'altro fondo appartenente al minore. Non potendosi proibire al tutore o protutore l'acquisto del fondo dominante, l'acquisto della servitù deve seguirne necessariamente come accessorio; e se dovesse essere altrimenti in virtù del disposto dall'articolo 300, sarebbe un vero spoglio, una manifesta diminuzione di patrimonio, che s'imporrebbe all'acquirente, per la sola ragione della sua qualità di tutore o protutore del proprietario del fondo servente (1).

Se il tutore o il protutore fosse condomino in un diritto avente per oggetto beni od obbligazioni del tutelato, per esempio fosse partecipante nell'usufrutto di un immobile, la cui nuda proprietà spettasse al minore, o in un credito verso di lui, e procedendosi a divisione tra i partecipanti alla comunione, il tutore o protutore ricevesse nel suo lotto divisionale la totalità di quel diritto o di quel credito, non sarebbe questa da considerarsi come accettazione d'una cessione vietata dall'art. 300, sebbene seguisse per titolo non gratuito. Mancherebbe infatti l'estremo d'un contratto fatto dal tutore o dal protutore per fine di speculazione in probabile danno del tutelato. Al contrario, se fosse loro vietato di uscire per questo mezzo dallo stato di comunione, subirebbero una lesione d'un diritto legittimo; e si contraddirebbe a quei principii, pei quali vedemmo che nella proibizione di comprar beni del minore, fatta dal medesimo art. 300 al tutore ed al protutore, non può comprendersi il caso in cui uno di essi, nella divisione di beni dei quali sia comproprietario col

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 4.

minore, si renda aggiudicatario dei beni medesimi posti a licitazione (1).

284. Il principio che le disposizioni eccezionali, e specialmente quelle portanti incapacità a contrattare, debbono essere ristrette nella loro interpretazione ed applicazione a ciò solo che vi è espressamente contemplato, e il riflesso che la proibizione fatta al tutore ed al protutore, di *accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il tutelato*, costituisce appunto una incapacità relativa di quelle persone a tali contratti, basterebbero senza altro per doverne indurre la conseguenza, che solo quando si tratti d'una *cessione vera e propria*, per la quale il tutore o protutore subentri in un credito o diritto altrui verso il tutelato, quella proibizione debba avere il suo effetto.

Tuttavia tra gl'interpreti del codice Francese vi è una notevole divergenza di opinioni intorno allo stabilire se alla *cessione* sia da parificarsi la *surrogazione*, che il tutore ottenga nelle ragioni d'un credito altrui verso il minore.

Nessuno mette in dubbio che se il tutore paghi del proprio un debito del minore, nella cui amministrazione non siano disponibili i fondi occorrenti, mentre forse è urgente soddisfarvi, e sono minacciati i danni d'una imminente procedura esecutiva, abbia contro il minore medesimo l'azione per ottenere il rimborso. Ciò è troppo evidente. È un'azione che spetterebbe a chi avesse pagato il debito nella semplice qualità di gestore d'affari (art. 1144 cod. civ.); tanto più può invocarla il tutore, che pagando un debito del tutelato compie un atto, non solo utile, ma necessario, dell'amministrazione patrimoniale che gli è affidata, e, secondo i principii generali, ha diritto al rimborso di tutte le somme che abbia anticipate per

(1) V. sopra, n. 282, pag. 1352 e seg.; Demolombe, t. VII, n. 762 n. f.; Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 7.

l'esecuzione del suo mandato legale (arg. art. 305, § ultimo, 1753, § 1, codice civile).

Neppure si contesta da alcuno che il tutore, il quale abbia soddisfatto un debito del minore, oltre all'azione personale pel rimborso, possa esercitare, eziandio, i diritti della *surrogazione legale*, allorchè si trovi in uno dei casi contemplati dall'art. 1251 del codice Francese, corrispondente al 1253 del nostro. Ciò pure è manifesto tanto da escludere ogni incertezza possibile; giacchè chi pagando un debito, che ha legittimo interesse di soddisfare, è surrogato di diritto nelle ragioni del creditore disinteressato, ottiene il trasferimento di tali ragioni in proprio favore, non già col mezzo d'un'*accettazione* ch'egli ne faccia, ma per virtù della disposizione della legge, che opera direttamente quel trasferimento di diritti, talchè questo caso non corrisponde nemmeno all'espressione letterale dell'art. 300, in cui è supposta un'*accettazione di cessione;* e d'altra parte neppure i motivi della proibizione possono concorrere in questa specie, nella quale il tutore, operando ciò che è necessario a difesa dei proprii interessi legittimi, non assume volontariamente la posizione di avversario verso il suo tutelato, nè dà ragione di sospettare che faccia una speculazione a danno del minore. Il dissenso è limitato alla sola *surrogazione convenzionale*, che alcuni autori hanno reputato doversi ritenere vietata ai tutori, non meno dell'accettazione d'una cessione, quando si tratti di crediti contro il minore (1). Qualcuno però, che pure accettava come principio l'opinione predetta, riconosceva necessario d'apporvi qualche limitazione, per riguardo ai casi in cui fosse di evidente interesse del tutelato, mancante dei mezzi per estinguer debiti urgenti, il proposito del tutore di provvedervi con denari proprii, salvo surrogarsi nelle ragioni e nelle guarantie del creditore; ed insegnava che in tali

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 123, n. 6; Magnin, *Tr. des minorités, etc.*, t. I, n. 663; Toullier, t. II, n. 1234; De Fréminville, *Traité la min. et de la tut.*, t. I, n. 252; Zachariae, t. I, § 116, n. 3.

circostanze potesse il tutore farsi autorizzare dal consiglio di famiglia, con deliberazione omologata dal tribunale sia a pagare il creditore, riportando contemporaneamente da lui la surrogazione espressa in tutti i suoi diritti, azioni, privilegi ed ipoteche contro il minore, sia a prestare la somma necessaria pel pagamento al minore stesso rappresentato dal surrogato tutore, stipulandone nei modi di legge la surrogazione nei diritti del creditore (1). Se non che questa concessione, mentre attesta la poca saldezza della massima a cui derogherebbe, non sembra poi facilmente conciliabile coi principii. Se veramente la surrogazione convenzionale dee ritenersi compresa nella proibizione che la legge fa al tutore, di acquistare per via di cessione ragioni di credito od altre verso il minore, diventa un manifesto arbitrio l'ammettere che il consiglio di famiglia e il tribunale possano derogare a quella proibizione, pronunciata dalla legge in modo assoluto e senza lasciar luogo ad alcuna distinzione. Se poi la convenzione di surrogazione nelle ragioni di credito contro il minore non è vietata dalla legge al tutore, diventa strano il parlare di autorizzazione, che debba ottenersi dal consiglio di famiglia, per un contratto che il tutore non faccia in nome del minore, o con questo rappresentato dal protutore, ma in proprio nome e con un terzo, qual è il creditore del minorenne, riportando da questo terzo la surrogazione dei suoi diritti verso il minore. Che se poi si tratti invece di surrogazione per convenzione col debitore, essendone base un *prestito*, che è preso dal debitore stesso, al fine di pagare il suo debito e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore (art. 1250, n. 2, cod. Franc.; 1252, n. 2, codice Italiano), diverrà certamente indispensabile l'adempimento delle formalità dell'autorizzazione consigliare e dell'omologazione giudiziaria, richieste indistintamente per qualunque mutuo che si prenda in nome del minore; ma

(1) V. Duranton, t. III, n. 602.

sarà possibile una tale convenzione, e sarà caso quindi di doverne chiedere l'autorizzazione al consiglio di famiglia ed al tribunale, solamente quando si ammetta che il riportare per convenzione col minorenne la surrogazione nei diritti d'un creditore di lui non sia vietato al tutore, come gli è vietato di accettare la cessione di crediti od altre ragioni verso il tutelato.

La dottrina più recente è concorde nel riconoscere che la proibizione, fatta dalla legge al tutore, di accettare la cessione di ragioni o crediti verso il minore, sia estranea alla surrogazione, non solo legale, ma anche convenzionale, nei diritti e nelle azioni d'un terzo contro il minore (1). Solo si fa osservare da qualche autore, che la surrogazione per convenzione col creditore differendo in fatto dalla cessione per l'intenzione delle parti, più che per altro; e potendosi quindi sospettare che un'apparente surrogazione lecita del tutore copra in realtà una cessione vietata di credito verso il minore, sia quindi prudente che il tutore medesimo, per non esporsi a molestie e pericoli, prima di formare la convenzione, ne riferisca al consiglio di famiglia, provocandone in proposito la deliberazione (2).

La teoria che nega potersi parificare all'accettazione della cessione d'un credito verso il minore la surrogazione del tutore nelle ragioni del creditore di questo, ancorchè tale surrogazione avvenga per convenzione, e questa sia fatta col creditore stesso, e conseguentemente ritiene senza limitazioni lecita al tutore anche la surrogazione convenzionale nelle ragioni d'un credito altrui verso il tutelato, purchè la convenzione sia vera e leale, e non copra sotto falsa apparenza di semplice surrogazione una vera cessione vietata, ci sembra la più sicuramente conforme ai principii regolatori della materia di cui si tratta.

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, sect. II, § 4, obs. II; Marcadé, t. II, art. 450, § 3, n. 247; Ducaurroy Bonnier et Roustain, t. I, n. 650; Demolombe, t. VII, n. 770, 774; Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 6; Laurent, t. XXIV, n. 53.

(2) V. Marcadé, t. II, n. 247 in f.; Demolombe, t. VII, n. 774 in f.

Quali sono gli argomenti dell'opinione contraria? Li prendiamo dall'opera del Duranton, dal quale sono sviluppati più ampiamente che dagli altri autori citati.

" Quanto alla surrogazione convenzionale, egli dice, il " tutore non può, di regola, acquistarla; perchè quando " essa ha luogo a profitto d'un terzo, che paga il debito, " non è altro infine che una compera del credito. Che " importa il nome, o qualche differenza che possa esservi " sotto altri rapporti tra cessione e surrogazione? Che " importa, se invece di farsi cedere il credito, il tutore " siasi fatto semplicemente surrogare al creditore, dichia- " rando di pagare il debito? Pel minore sarà sempre la " medesima cosa; egli avrà ciò non ostante un nuovo cre- " ditore, e il tutore potrà ugualmente commettere le frodi " che la legge volle prevenire. Potrebbe pure il tutore non " pagare che una somma inferiore al capitale del credito, " e nondimeno farsi dare quietanza per l'intiero; il credi- " tore consentirebbe a ciò, come a fargli una formale ces- " sione del credito „. Indi l'autore prosegue accennando ai casi in cui potrebb'essere d'importante interesse del minorenne che il tutore avesse facoltà, pagando con denari proprii un creditore, di surrogarsi convenzionalmente nelle ragioni di lui: e suggerisce, come già notammo, il rimedio di ottenere l'autorizzazione dal consiglio di famiglia colla omologazione del tribunale. Ora, i riferiti argomenti sono essi veramente decisivi, come si vorrebbero? Non ci sembrano tali.

Si afferma che tra la cessione d'un credito, e la surrogazione convenzionale nelle ragioni di esso, la diversità sia più di nome che di sostanza; e se pure qualche differenza intrinseca sussista, essa riguardi tutt'altri rapporti che quelli relativi alla questione di cui si tratta ora. Ma la cessione ha per oggetto il trasferimento d'un credito a titolo di compra e vendita; ciò che il creditore originario riceve è a titolo di prezzo, e il credito di lui non s'estingue nè in diritto, nè in fatto, ma passa tale qual è al cessionario.

All'opposto la surrogazione ha per oggetto principale la liberazione del debitore verso il creditore primitivo; ciò che questi riceve è a titolo di pagamento; e il credito è quindi realmente estinto, sebbene per una finzione legale si reputi esistente ancora nella persona del surrogato. Non sono questi forse rapporti giuridici essenzialissimi di differenza tra quei due istituti? E com'è dunque possibile confonder l'uno coll'altro, e render comune anche alla surrogazione convenzionale una proibizione recante pel tutore e pel protutore un'incapacità a determinati contratti, una proibizione che la legge limita alla sola cessione di crediti ed altre ragioni verso il minore, e che non può essere estesa per interpretazione?

Coerentemente poi alle differenze già notate, il cessionario, qualunque sia il prezzo da lui convenuto, e generalmente suol essere inferiore più o meno all'ammontare del credito formante oggetto della cessione, ha diritto ad esigere dal debitore l'intiera somma del credito ceduto. All'opposto il surrogato avendo fondato il proprio diritto di surrogazione nel pagamento da lui eseguito, e mediante il quale ha liberato il debitore verso il creditore originario, se mai abbia ottenuto di tacitare costui con una somma inferiore all'ammontare nominale del credito, non può esigere dal debitore, non ostante la surrogazione nelle ragioni del creditore, tutto ciò che era a questo dovuto, ma il solo rimborso della somma da lui pagata. Come può dirsi che questo effetto delle differenze caratteristiche tra la cessione e la surrogazione convenzionale, non abbia attinenza coi rapporti contemplati nella disposizione di legge che proibisce al tutore di rendersi cessionario di diritti contro il minore? Si è potuto scorgere una contraddizione coi doveri inerenti all'ufficio tutorio nel costituirsi volontariamente ed a scopo di lucro avversario del proprio tutelato, facendosi cedere, forse a prezzo notevolmente inferiore all'ammontare nominale, un credito verso di lui. Si è potuto temere che in tale condizione di cose il tutore

abusasse della propria posizione facendo scomparire documenti che dimostrassero inesistente, od estinto in tutto od in parte il credito ceduto. Ma il tutore che paga un debito del proprio amministrato, il cui patrimonio non ne somministra i mezzi, fa l'interesse dell'amministrato medesimo, liberandolo verso il creditore originario. E se anche per una giusta guarentigia propria stipula dal creditore disinteressato la surrogazione convenzionale nelle ragioni di lui, non contrappone però alcun danno al benefizio che procura al tutelato soddisfacendo il debito per lui, giacchè egli non sarà verso il tutore stesso in condizioni diverse e peggiori di quelle in cui era rimpetto al creditore primitivo. Dove potrebbe dunque trovarsi l'opposizione ai doveri dell'ufficio tutorio? Se poi il tutore fosse riuscito a liberare il tutelato verso l'antico suo creditore pagando a questo una somma minore del montare nominale del debito, quantunque surrogato nelle ragioni del creditore stesso, non potrebbe però esercitarle contro il debitore, amministrato suo, fuorchè a concorrenza di quanto avesse effettivamente sborsato. Ciò non rimuove forse ogni sospetto di speculazione a danno del minore, ogni pericolo che il tutore abusi della posizione sua facendo apparire un credito inesistente od estinto totalmente o parzialmente, poichè non gli è possibile reclamare più di quanto abbia sborsato egli stesso?

Nemmeno l'identità di motivi si verificherebbe dunque per estendere alla surrogazione convenzionale quella proibizione, che la legge ha fatta al tutore ed al protutore per l'accettazione della cessione di crediti od altre ragioni verso il minore.

Ma il tutore potrebbe, colludendo con un terzo, simulare il pagamento d'un preteso credito, per dividere poi col complice il prodotto della frode fatta al minore, o colludendo con un vero creditore, e stipulandone la surrogazione, farsi dare quitanza per la totalità del credito, mentre non ne avesse pagato che una parte; ovvero anche dare

l'apparenza d'una surrogazione a quella che veramente fosse una cessione! Certamente simili frodi sono possibili; e se venissero provate, il tutore, oltre a poter essere rimosso per infedeltà, nel primo caso, che, del resto, potrebbe verificarsi quand'anche il tutore facesse il pagamento con danari non proprii, ma del minore stesso, non avrebbe, ben s'intende, alcun'azione contro il minore; nel secondo non potrebbe reclamare che la somma effettivamente sborsata, rimanendo considerato per l'eccedenza come vero cessionario, sicchè gli sarebbe in questa parte applicabile la disposizione dell'art. 300; e nel terzo subirebbe pure l'applicazione di questa medesima disposizione, dovendo guardarsi all'atto realmente compiuto dalle parti, anzichè a quello che per simulazione abbiano fatto apparire. In mancanza di prove, però, non può esser lecito introdurre presunzioni di frode, che la legge non abbia stabilite.

È vero, eziandio, che non ostante la differenza di caratteri e di effetti giuridici, che abbiamo ricordata, tra la cessione del credito, e il pagamento con surrogazione per convenzione col creditore, può in fatto riuscire talvolta difficile il determinare se si tratti veramente dell'uno piuttosto che dell'altro di quegli atti, e se perciò sia caso di applicare, o no, la proibizione scritta nell'art. 300. Ma il superare queste difficoltà, appunto perchè limitate agli elementi di fatto, spetterà alla prudenza dei giudici del merito. Il temperamento adottato da alcuni autori, che suggerirono ai tutori di non pagare del proprio i debiti dei loro amministrati, stipulando coi rispettivi creditori la surrogazione convenzionale, se non dopo avere interpellato il consiglio di famiglia ed ottenuta da esso l'autorizzazione, non ci sembra che possa condurre veramente a nulla di decisivo. Se la surrogazione convenzionale è vera e leale, od almeno mancano le prove della frode, quella surrogazione si sosterrà da sè, per le ragioni che abbiamo dimostrate, indipendentemente da qualunque autorizzazione

del consiglio di famiglia. Se invece sarà provata la frode, gli effetti di essa non potranno certamente essere impediti dall'autorizzazione che il consiglio di famiglia, tratto esso pure in inganno, abbia data. Tutt'al più, l'avere interrogato il consiglio di famiglia potrebbe giovare come elemento per una presunzione di fatto della buona fede, da contrapporsi alle prove di frode che si accampassero.

Colla cessione di un credito ha pure una grandissima analogia quella specie di *novazione subbiettiva* che ha luogo " quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo " creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore " rimane liberato „ (art. 1267, n. 3, cod. civ.). Possono darsi circostanze nelle quali una simile operazione convenga al tutore e giovi al minore stesso. Un creditore, per esempio, fa urgenza all'amministrazione tutelare pel pagamento di un debito scaduto, a cui mancano nell'amministrazione medesima i mezzi. Ma questo creditore avendo a sua volta un debito di eguale o maggior somma verso il tutore, si accorda con lui di rinunciare in suo favore al credito verso il minorenne, e il tutore acconsente ad accettare in pagamento la nuova obbligazione, che sarà contratta verso lui dal protutore in nome del minorenne stesso, il quale rimarrà così liberato rimpetto all'originario suo creditore. Una tale combinazione sarebbe possibile, purchè, s'intende, fossero dal protutore riportate le autorizzazioni necessarie secondo gli articoli 296 e 301 cod. civile. Ma vi osterà la disposizione dell'art. 300, che vieta al tutore di accettare la cessione di qualunque ragione di credito verso il minore?

Per quanta sia l'analogia tra la specie di novazione di cui parliamo e la cessione del credito, vi è però una differenza essenziale, consistente nella formazione d'una nuova obbligazione, che il debitore assume verso il nuovo creditore, e mediante la quale estingue assolutamente l'obbligazione che aveva verso il creditore originario. Com'è

possibile immaginare l'esistenza di rapporti identici a quelli d'una cessione, cioè di un semplice trasferimento del credito originario, che continui a sussistere a carico del medesimo debitore, in una novazione, nella quale invece l'antico credito è estinto, e sorge in suo luogo quello d'un nuovo creditore in forza d'una nuova obbligazione dal debitore contratta? Ora, se non si può confondere colla cessione d'un credito la sostituzione di un nuovo creditore all'antico, che avvenga per novazione subbiettiva, non si può nemmeno applicare a questa la disposizione proibitiva, e di stretta interpretazione, che il legislatore ha fatta per quella sola nell'art. 300. D'altra parte anche qui i motivi di questo articolo sono estranei al caso ora figurato. La novazione, supponendo che sia vera e leale, avendo per suo scopo principale la liberazione del minorenne verso l'antico suo creditore, non è certamente un atto col quale il tutore si ponga in contraddizione coi doveri del proprio ufficio verso il suo amministrato. Quella stessa liberazione del tutelato, rimpetto all'antico creditore, rimuove l'idea che il tutore faccia con quell'atto una speculazione a danno del tutelato stesso, e rimuove il sospetto di abusi che il tutore voglia commettere distruggendo documenti relativi al debito che rimane estinto. Potrà darsi che l'apparente novazione sia stata adoperata a coprire una vera cessione di credito, che in onta alla proibizione della legge il tutore si sia procurata; potrà darsi che tale atto sia stato preordinato a quelle frodi che la legge predetta intese di prevenire, e le quali siano state in realtà commesse. Qualora la simulazione e la frode siano provate, l'atto dovrà certamente essere annullato, e non potrà quindi produrre alcun effetto. Ma se l'annullazione non sia da pronunciarsi per una di tali cause, non è da ricercarne il motivo in un'incapacità del tutore a contrarre la novazione sopra un credito di cui sia debitore il minore; mentre una tale incapacità non è pronunciata nel testo della legge, nè è lecito indurla da un'estensione

di ciò che è disposto nell'art. 300 circa l'accettazione della cessione d'un credito verso il minore stesso.

285. La sanzione della disposizione di legge, che vieta al tutore ed al protutore di rendersi cessionari di qualsiasi ragione o credito verso il minore, dee consistere naturalmente nella nullità dell'atto, che contro tale proibizione sia stato compiuto. Non sarebbe possibile il conseguimento dello scopo di protezione al minore, che il legislatore si propose in quella proibizione, se in onta di essa la cessione potesse sussistere come valida, conservando la sua efficacia. Veramente nell'art. 300 non vi è dichiarazione espressa d'una tale nullità; nè fra le disposizioni riguardanti la *cessione dei crediti o di altri diritti* se ne trova alcuna che dica nulla la cessione ottenuta dal tutore o protutore, di diritti altrui contro il minore, come l'art. 1457, del titolo della vendita, dichiara nulla la compera che il tutore e il protutore faccia dei beni del minore; nè da questa disposizione sarebbe lecito argomentare di analogia in materia di nullità, e tutto il più che potrebbe trarsene sarebbe che in quella dichiarazione di nullità fosse compresa anche la *cessione dei diritti del minore contro un terzo*, perchè questa pure sarebbe in largo senso una *compera che il tutore o il protutore farebbe di beni del minore*, non mai però che la stessa dichiarazione di nullità si estendesse anche alla cessione che il tutore o il protutore ottenesse da un terzo acquistando diritti contro il minore. Senonchè alla mancanza di una dichiarazione esplicita e speciale nel testo suppliscono i principii generali; i quali, come già osservammo parlando della compera che il tutore faccia di beni del minore, bastano da sè soli ad indurre la nullità dell'atto, che contro la proibizione della legge sia stato compiuto, ancorchè non se ne legga nel testo una dichiarazione particolare (1). Qui pure,

(1) V. sopra, n. 281, pag. 1350.

infatti, possiamo ripetere, che l'art. 300 stabilisce a carico del tutore o del protutore un'incapacità civile ad acquistare per cessione qualsiasi ragione o credito altrui verso il minore; epperò, in applicazione delle regole generali degli art. 1104, § 2; 1106, § ultimo, codice civile, il contratto stipulato non ostante questa incapacità manca di un requisito che la legge dice *indispensabile per la sua validità*, ed è così testualmente dichiarato nullo.

Accertato questo punto, che è infatti ammesso senza contraddizioni, resta però a superare qualche non lieve difficoltà, nascente dall'indole peculiare dell'atto della cui nullità si tratta. Esso induce, prima di tutto, tra il cedente e il cessionario dei rapporti, che sono consumati coll'atto stesso di cessione, e coll'esecuzione sua. Divenuto perfetto pel consenso delle parti il contratto, la proprietà del credito od altro diritto ceduto è acquisita dal cessionario (art. 1538 cod civ.), il quale, pagato che abbia il prezzo convenuto, è liberato da ogni sua obbligazione; onde tra lui e il cedente non rimarrà più altro vincolo fuor di quello relativo all'obbligo della garantia, che incombe al cedente medesimo (art. 1542 cod. civ.). Tra le due parti contraenti le relazioni giuridiche nascenti dalla cessione sono così esaurite colla formazione medesima del contratto. Ma ne sorgono poi altre relazioni giuridiche tra il cessionario, e il debitore ceduto, ed i terzi aventi interesse, quando la cessione sia stata resa efficace nei modi di legge anche contro di loro (art. 1539 cod. civ.); e queste consistono nell'essere esercibili dal cessionario, come subentrato al cedente, i diritti, le azioni e le guarentie che a questo spettavano, contro il debitore ceduto, e nel non poter questi liberarsi validamente dal debito se non pagandolo al cessionario. Ora, è appunto solamente a quest'ultimo ordine di relazioni giuridiche che si riferisce la disposizione di legge proibente al tutore e al protutore di rendersi cessionari di crediti od altri diritti contro la persona soggetta alla loro tutela o protutela; giacchè lo scopo di tale

disposizione è d'impedire che costoro si pongano, per un contratto fatto a fine di speculazione, in condizione d'avversari rimpetto a colui che dovrebbero difendere, e che potrebbero invece gravementepre giudicare, approfittando dei mezzi offerti loro dall'ufficio che esercitano. Da ciò nasce dunque il dubbio: se anche gli effetti dell'annullazione debbano limitarsi unicamente ai rapporti tra il tutore ed il protutore cessionario, e il debitore ceduto, che sia il minore soggetto alla loro tutela o protutela; o se piuttosto debbano estendersi ai rapporti che il contratto di cessione avea stabiliti tra il cedente, e il tutore od il protutore cessionario. Ammessa la prima di queste soluzioni, rimanendo integra l'efficacia della cessione nei rapporti tra le parti contraenti, e l'annullazione operando unicamente sulle relazioni fra il tutore o il protutore cessionario e il minorenne, debitore ceduto, ne seguirebbe che il cedente non potesse più esercitare contro il minore i diritti e le azioni di cui si sarebbe definitivamente spogliato cedendoli al tutore o al protutore, nè questi potesse, a sua volta, richiedere dal cedente la restituzione o la liberazione dall'obbligo del prezzo dovuto in forza d'un contratto, il quale rimarebbe tra loro efficace; e che d'altra parte il tutore o il protutore non potesse avere azione contro il minorenne, debitore ceduto, dipendentemente da un contratto che pei rapporti tra loro sarebbe annullato. Ammessa, all'opposto, la seconda delle predette soluzioni, essendo annullato il contratto per tutti gli effetti giuridici che ne derivarono, anche nei rapporti tra cedente e cessionario, questi potrebbe ripetere dall'altro la restituzione del prezzo che gli avesse pagato, o rimarrebbe liberato dall'obbligo del pagamento che non avesse ancora eseguito, e il cedente rientrerebbe in tutti proprii diritti verso il minorenne, debitore ceduto, come se la cessione non fosse avvenuta.

La questione, come avvertimmo, dipende dall'indole particolare dell'atto soggetto ad annullamento; nè può presentarsi nei casi comuni, in cui trattandosi di atti fatti

da persone incapaci, o in nome loro, senza le formalità abilitanti richieste da leggi dirette appunto a proteggere l'incapacità di quelle persone, la nullità di tali atti è bensì invocabile da esse soltanto, ma pronunciata che sia, fa considerare gli atti annullati come se non avessero mai avuta esistenza giuridica, e ne distrugge tutti gli effetti, non essendovi commisti rapporti riguardanti altre persone, che non siano le parti contraenti.

La Novella di Giustiniano, che ricordammo precedentemente, risolveva espressamente ogni dubbio, dichiarando che la cessione di diritti contro il minore, ottenuta dal curatore di lui, dovesse riguardarsi come non avvenuta, come inesistente giuridicamente (*invalida tamquam si neque ab initio facta fuerit*) e che nessuna azione potesse esercitarsi, nè dal curatore cessionario, nè dal cedente, contro il minore, il quale perciò rimanesse liberato dal debito (*lucrum fieri adolescentis*) (1).

Tutto ciò fu considerato da qualche autore francese, come perfettamente logico ed armonizzante; perchè, dicevasi, “ il cedente non potendo più esercitare l'azione, “ giacchè se n'era spogliato in favor del curatore, ed a “ questo, che aveva trasgredito la legge, essendo applica- “ bile il principio, *nemo ex delicto suo debet consequi actionem*, “ dovea risultarne necessariamente la liberazione del “ pupillo, se non per una vera estinzione dell'obbligazione, “ almeno per mancanza di chi potesse esigerne l'adem- “ pimento „ (2).

La premessa sembra però inesatta e contraddetta letteralmente dal testo. Stabilito il principio che la cessione di diritti contro il minore fatta a favore del curatore dovesse riguardarsi come non avvenuta (*pro non facto id esse*) la conseguenza logica avrebbe dovuto essere che il cedente non si reputasse essersi spogliato del proprio diritto tras-

(1) V. sopra, n. 283, pag. 1356.
(2) V. Delvincourt, t. I, pag. 1356, n. 6.

mettendolo al curatore: ma come questi nulla aveva potuto acquistare, così quegli nulla avesse perduto dei diritti e delle azioni che prima gli appartenevano. E se nondimeno si ordinava che gli effetti della cessione, ritenuta inesistente rispetto al minore, si mantenessero nei rapporti tra il cedente e il curatore cessionario, sicchè nè quegli potesse più esercitare le azioni sue contro il minore, nè il curatore potesse ripetere dal cedente la restituzione del prezzo di cessione, e in ultimo risultato ne lucrasse il minore rimanendo liberato dal debito, ciò non era giustificabile sotto altro aspetto che quello d'una *pena*, che il legislatore voleva infliggere al curatore colpevole di aver trasgredita la legge, tenendo fermi in danno di lui gli effetti onerosi della cessione nullamente ottenuta, mentre gli si negavano le azioni contro il minore, che da quella cessione avrebber dovuto derivargli. Tale era infatti il concetto espresso nella legge stessa: " Infirmum esse volumus quod agitur... " pro non facto id esse, et lucrum fieri adolescentis... non " ut remeat rursus ad eum, qui cessit, tamquam si nihil " quasi in medium contra legem visum fuerit actum; sed " *cadat ab eis quae ex hoc sunt quaesita propter transgres-* " *sionem nostrae legis, et haec minorem lucrari. Nam si non* " *hanc imposuerimus poenam, facilia erunt ea, quae sunt* " *malignitatis*, etc. „.

Unicamente come *pena* imposta al curatore giustificavasi adunque l'essere negata a lui qualunque azione, tanto per ripetere dal cedente il prezzo, quanto per esercitare contro il minore il diritto formante oggetto della cessione. E ciò posto, non può certamente ammettersi l'applicazione della stessa massima nelle legislazioni posteriori, che non la ripeterono espressamente; ostandovi il principio elementare, che le disposizioni penali non possono nè estendersi, nè supplirsi.

Ciò non ostante, nella dottrina francese si manifestarono autorevoli opinioni nel senso di restringere gli effetti della nullità dell'atto, con cui il tutore abbia accettata la

cessione d'un credito od altro diritto contro il minore, ai soli rapporti tra loro due, mantenendo invece ferma per tutti gli effetti suoi la cessione medesima nei rapporti fra il cedente ed il tutore cessionario; cosicchè il tutelato non potendo essere perseguito colle azioni nè dell'uno, nè dell'altro, rimanga conseguentemente, sebbene per via indiretta, liberato (1). Ma la grandissima maggioranza degli autori professa in contrario, che annullata la cessione, accettata dal tutore, di crediti od altri diritti contro il minore, gli effetti di tale annullamento si estendono anche ai rapporti tra cedente e cessionario; e dovendosi considerare anche per loro quella cessione come non mai avvenuta, e rimettendosi le cose nel medesimo stato in cui erano prima che la cessione si convenisse, vi sia luogo quindi a ritenere da una parte obbligato il cedente a rimborsare il tutore del prezzo da lui pagato per la cessione, e dall'altra ripristinato il cedente medesimo in tutti gli anteriori suoi diritti verso il minore (2).

Prima però di occuparci delle ragioni addotte in appoggio dell'una e dell'altra opinione, ci sia permesso di osservare come alcuni dei citati autori pongano la questione sotto un aspetto che a noi non parrebbe giusto; chiedendosi essi, se la nullità della cessione, ottenuta dal tutore contro il tutelato, debba riguardarsi come *relativa* o come *assoluta*. Ora, la qualità assoluta o relativa della nullità di un atto si determina avendo in considerazione le persone da cui può essere proposta la nullità stessa; la quale si dice *assoluta* qualora chiunque vi abbia interesse possa domandarne la dichiarazione, od eccepirla; si dice *relativa* quando sia proponibile da certe persone soltanto, nel cui esclusivo interesse sia stata introdotta dalla legge. Sotto

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 123, n. 6; Marcadé, art. 450, § III, t. I, n. 246.

(2) V. Toullier, t. II, n. 1232; Duranton, t. III, n. 603: Valette sur Proudhon, t. II, chap. XI, pag. 400, obs. I; Zachariae, t. I, § 116, n. 3; Taulier, t. II, pag. 69; De-Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 794; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 649; Demolombe, t. VII, n. 765-769; Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 9; Laurent, t. V, n. 54.

questo aspetto, non è possibile dubitare della qualità *puramente relativa* della nullità dell'atto, con cui un tutore o un protutore abbia accettata la cessione di ragioni o crediti verso il tutelato. Valgono in parte anche per questo caso le considerazioni, che accennammo sopra, circa la nullità del contratto di compera, che il tutore abbia fatto di beni del minore. Qui veramente non è da parlare *d'incapacità del minore* stesso. La nullità del contratto che il tutore o il protutore ha fatto con un terzo riportandone la cessione di crediti od altre ragioni contro il tutelato, non dipende, nè può dipendere da altro, che dall'incapacità stabilita dalla legge pel tutore e pel protutore stesso a tale contratto. Ma codesta incapacità è stabilita nell'esclusivo interesse del tutelato, non ha altro fondamento che la protezione di lui, per prevenire i pregiudizi e le frodi, a cui la qualità stessa del tutore o protutore cessionario potrebbe dar luogo in danno del tutelato predetto. E ciò basta perchè la nullità del contratto, dipendente dall'incapacità del cessionario, non possa essere che relativa al minore, nel cui solo interesse è introdotta. Se la cessione ottenuta dal tutore o protutore, invece di essere dannosa, e di arrecare i pericoli di abuso e di frode temuti dalla legge, sia perfettamente leale, e vantaggiosa anzi all'amministrato, non dev'esser precluso l'adito a poterla mantenere nell'interesse anche di lui. Ciò è conforme allo spirito della legge. Dal solo minore, adunque, o da chi legittimamente lo rappresenta, può essere proposta quella nullità; non dallo stesso tutore o protutore contro il cedente, per sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni assunte col contratto di cessione; non dal cedente contro il tutore o protutore cessionario, per rientrare nelle ragioni cedute, e poterle esercitare contro il minore.

Un autore ha detto che la cessione, accettata dal tutore, di diritti di credito od altri verso il minore " è colpita " d'una nullità assoluta, come lo sono generalmente le " *convenzioni illecite* „, ed ha citati in proposito gli

articoli 1131 e 1133 nel codice Francese, corrispondenti agli articoli 1119 e 1122 del codice nostro (1). Ma l'illiceità della causa per obbligarsi è manifestamente estranea al caso di cui ora si disputa. Il motivo giuridico, che determina il tutore o il protutore a stipulare la cessione d'un credito o d'altro diritto verso il minore, consiste nel procurarsi il vantaggio di questo credito o di questo diritto; e ciò non ha nulla in sè che sia contrario alla legge o al buon costume, o all'ordine pubblico. La nullità della cessione in questo caso non può dunque dipendere da illiceità della causa; ma unicamente deriva dall'incapacità personale imposta dalla legge al tutore ed al protutore per l'accettazione di tali cessioni, al fine di rimuovere l'inconveniente che colui al quale è affidata la tutela d'un minorenne se ne renda volontariamente ed a scopo di speculazione avversario, e il pericolo che poi abusi della sua qualità di amministratore per avvantaggiarsi in pregiudizio dell'amministrato. Si verificano dunque gli estremi d'una nullità relativa al minore, nel cui solo interesse fu stabilita l'incapacità del tutore o del protutore ad accettare cessioni di ragioni o crediti contro di lui; non quelli d'una nullità assoluta dipendente dall'essere illecita la causa dell'obbligazione.

È questo pertanto un punto che ci sembra accertato. Ciò che veramente è disputabile, non consiste, a veder nostro, nella qualità indubbiamente e puramente relativa della nullità dell'atto con cui il tutore o il protutore abbia accettata la cessione di una ragione o d'un credito altrui verso il minore soggetto alla sua tutela o protutela; ma consiste nel determinare se, pronunciata che sia, sulle istanze del tutelato stesso, o di chi lo rappresenti durante la minore età, la dichiarazione di quella nullità, gli effetti di essa debbano limitarsi ai soli rapporti derivati dalla cessione fra il tutore o il protutore cessionario e il minorenne

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 399, 400, obs. I.

debitore ceduto, ovvero debbano estendersi anche ai rapporti fra il cedente e il tutore o protutore cessionario, talchè questi abbia diritto a ripetere il prezzo della cessione, qualora lo abbia pagato, od altrimenti ad essere liberato dalla relativa obbligazione, e quello rientri in tutti i primitivi suoi diritti principali ed accessori verso il minore, come se non ne avesse mai fatta la cessione.

E intorno alla questione così determinata ci proponiamo ora di riassumere le ragioni che furono addotte in appoggio delle contrarie opinioni sopra accennate.

I propugnatori della massima che la nullità ferisca i soli rapporti fra il debitore ceduto, che è il minorenne, e il cessionario, che è il tutore o il protutore, cosicchè rimanendo in pieno vigore il contratto tra il cedente e il cessionario, e d'altra parte non potendo il tutore o il protutore far valere gli effetti della cessione da lui ottenuta contro il minore, tutto ciò finisca a benefizio di quest'ultimo, rimanendo egli liberato dal debito senzachè il tutore o il protutore abbiano azione per ricuperare il prezzo della cessione stessa, o liberarsi dal debito relativo, propongono argomenti che hanno certamente un valore notevole. Il cedente (essi dicono) non è colpito dalla proibizione della legge, la quale riguarda soltanto il tutore; e può anzi ignorare questa qualità della persona con cui contratta. Egli ha dunque piena facoltà di cedere i proprii diritti al tutore, come a chiunque altro. E se è così, quale titolo può aver poi il tutore per impugnare contro il cedente il contratto formato con lui? Fra loro la cessione deve produrre tutti i suoi effetti; epperò il cedente non potrà più avere alcuna azione da esercitare contro il minore, dappoichè se n'è spogliato in favor del tutore. Questi, d'altro lato, non potrà neppur esso esercitarla efficacemente, poichè il pupillo eccepirà la nullità, relativa a lui, della cessione. Ne saranno conseguenze inevitabili la liberazione dal debito, che il tutelato otterrà per mancanza di chi possa chiedergli l'adempimento dell'obbligazione, e la per-

dita che il tutore farà di quanto egli abbia sborsato. Così il tutore sarà punito della frode da lui fatta alla legge, e la disposizione di questa avrà una giusta sanzione, che altrimenti le mancherebbe; poichè potrebbe avvenire che il tutore credendosi, per ignoranza della legge, investito di una cessione regolare, facesse sparire i titoli che potessero servire alla difesa del minore, effettuando così per questo ultimo il danno che la legge volle per lui prevenire, e solo procurando al cedente quel vantaggio che colla sua frode voleva assicurare a sè stesso. Queste idee trovano conferma nella Novella Giustinianea sopra citata: la quale, dichiarata la nullità della cessione fatta a favore del curatore, stabiliva che avesse a lucrarne il minore; ed anche in un argomento di analogia da ciò che dispone la legge a carico del tutore pel caso in cui conoscendo di avere crediti od altre ragioni verso il minore, non lo dichiari, sebbene espressamente interpellato, prima che incomincino le operazioni relative all'inventario, essendo pure allora pronunciata dalla legge stessa la *decadenza del tutore da ogni suo diritto*. Però, soggiunge uno degli autori che professano questa opinione, qualora il credito sia vero e legittimo, e la cessione sia stata accettata dal tutore in buona fede, dovrà essergli almeno pagato il prezzo di cessione, ch'egli abbia sborsato, il quale rimborso gli sarà dovuto, non come a cessionario, ma per titolo di gestione di negozio (1).

Ci sembra in verità che quest'ultima concessione indebolisca assai l'assunto principale, che vorrebbe rendere più accettabile; parendo difficile trovare gli estremi d'un affare volontariamente assunto per altri in una cessione che il tutore stipuli per sè; nè col diverso concetto di un'azione *de in rem verso* parendo facilmente conciliabile l'interpretazione che si vorrebbe qui dare alla legge. Poichè se essa, preoccupata dei pericoli di frode a danno del minore, avesse voluto precluderne le vie con tanto rigore

(1) V. Marcadé, loc. cit.

da negare al tutore cessionario ogni azione contro il cedente in dipendenza della nullità del contratto, e negargli nel medesimo tempo ogni azione contro il minore pei diritti che avrebbe acquistati verso lui colla cessione, si capirebbe poi male come lasciasse luogo a discutere della buona fede del tutore stesso, e della realtà del credito, le quali dimostrazioni potrebbero essergli facilitate da quella stessa soppressione fraudolenta di documenti, a cui la posizione sua potrebbe avergli porta l'opportunità. Ma, comunque sia di ciò, vediamo quale fondamento abbiano le argomentazioni addotte in appoggio della tesi principale.

Si afferma in primo luogo che il proprietario d'un credito, o d'altra ragione verso un minore, abbia piena facoltà di farne cessione al tutore, come a qualunque altra persona. Ma la proposizione ci sembra manifestamente inesatta. Vero è che l'incapacità stabilita dalla legge riguarda propriamente il tutore, non chi fa a lui la cessione. Ma può forse dirsi lecito a chiunque il contrattare validamente con una persona che a quel determinato contratto sia dalla legge dichiarata incapace, specialmente, com'è nel caso, per motivi d'ordine pubblico? Crediamo anzi chiaro il contrario; e che colui, il quale, pure essendo personalmente capace, contratti coll'incapace, si esponga alle conseguenze giuridiche dell'annullabilità della convenzione.

Si osserva che il cedente può anche ignorare la qualità di tutore in colui al quale cede il credito suo verso il minore. E ciò potrà verificarsi di fatto. Ma in diritto, sarà allegabile questa ignoranza? Vi osterà il principio che a niuno è lecito addurre di non aver conosciuta la condizione della persona con cui contrattò. È ben facile, d'altronde, a chi vuol cedere ad altri un credito che gli appartiene verso un minorenne, e non può ignorare la legge che vieta al tutore di accettarne la cessione, l'accertarsi se tutore sia colui col quale intenderebbe di contrattare.

Si chiede con quale diritto il tutore cessionario possa provocare contro il cedente la dichiarazione di nullità

del contratto. Ed è certo che non lo potrebbe mai, poichè si tratta d'una nullità *relativa al minore*, epperò proponibile unicamente in nome di lui. Ma il tutore non ha bisogno di far dichiarare nel proprio interesse a fronte del cedente la nullità della cessione, che già sia stata annullata per azione promossa a nome del minore. Pronunciata codesta annullazione, e dovendosi per effetto di ciò, secondo i principii generali, considerare la cessione annullata come se non avesse mai avuta esistenza giuridica, e rimetter le cose nel medesimo stato in cui erano prima che la cessione stessa avvenisse, conseguenza necessaria deve esserne, che avendosi a riguardare come non verificata la trasmissione della proprietà del credito al cessionario, rimanga *senza causa* il pagamento o l'obbligazione del prezzo, del quale egli perciò abbia diritto a richiedere la restituzione o la liberazione, mentre a favore del cedente rivivano intiere le sue primitive ragioni verso il tutelato. Tutt'al più potrebb'esser caso di doversi dal tutore, citato in giudizio per l'annullamento della cessione fatta in favore di lui, chiamare ad intervenirvi il cedente, acciocchè contro questo pure formasse stato la sentenza da pronunciarsi.

È dunque infondata la conclusione, che la cessione, annullata in quanto concerne i rapporti fra il tutore, cessionario, e l'amministrato, debitore ceduto, debba ciò non ostante mantenere tutti gli effetti suoi tra il cessionario stesso e il cedente. E per verità, sarebbe un'anomalia ben singolare questa, d'un contratto, che avendo per oggetto la trasmissione della proprietà d'un credito, e reputandosi non averla prodotta mai, continuerebbe però ad aver vita quanto all'obbligazione correspettiva del cessionario verso il cedente, il che è quanto dire, che darebbe luogo a sussistere un'obbligazione senza causa, poichè l'obbligazione di pagare il prezzo ha appunto per causa il trasferimento della proprietà del credito, che per l'annullamento della cessione si reputerebbe non avvenuto mai.

Pure, si obbietta, la disposizione del diritto Giustinianeo, dalla quale riconoscono l'origine quelle corrispondenti nei codici moderni, stabiliva che il curatore, fattosi cessionario d'un credito verso il minore soggetto alla sua curatela, rimanesse obbligato verso il cedente, quantunque fosse ritenuta giuridicamente inesistente la cessione rimpetto al minore stesso, il quale perciò ne ritraesse lucro rimanendo liberato dal debito. Ma, come già osservammo, non era questa un'applicazione che il legislatore intendesse fare dei principii generali di diritto; bensì un'eccezione, che espressamente stabiliva, giustificandola sotto l'aspetto di una *pena*, che s'irrogava al tutore per la trasgressione da lui commessa contro la legge. Ora, non è certo ammissibile che l'interpretazione possa supplire ad una pena non pronunciata esplicitamente dalla legge, come di fatti non fu espressa nei codici che riprodussero la proibizione della legge romana.

Ma, si soggiunge, l'ammettere questa pena è una necessità, se pur si vuole che la proibizione fatta al tutore, di accettare la cessione di crediti od altri diritti altrui verso il tutelato, abbia una sanzione efficace. È però facile il rilevare quanto sia esagerata codesta proposizione. Una sanzione abbastanza efficace della proibizione di cui trattasi vi è già nella nullità di cui è colpito il contratto di cessione vietato. Ciò è sufficiente a guarentire che i tutori e i protutori si asterranno da tali contratti, sapendo che non possono produrre alcun effetto in loro vantaggio. Immaginare che il tutore ignori la proibizione della legge, e, ottenuta la cessione d'un credito verso il proprio tutelato, sopprima i documenti che potrebbero servire a difesa di questo, procurando così al cedente un beneficio, che colla propria frode credeva di assicurare a sè stesso, equivale a supporre ciò che potrà avvenire soltanto in casi rarissimi, e ad attribuire arbitrariamente alla legge come presunzione generale quello che al più si verificherà per qualche singolare eccezione. Ad ogni modo poi codesta

sanzione, che si vorrebbe introdurre, non potrebbe mai aver altro carattere che quello d'una penalità inflitta al tutore o al protutore per la trasgressione da lui commessa; nè pena può esservi senza una legge che la stabilisca.

Un ultimo argomento si vuol dedurre dall'analogia colla disposizione di legge, che infligge al tutore la decadenza delle ragioni di credito, od altre, che già gli competano al cominciare della tutela, verso il minore, qualora il tutore medesimo, espressamente interpellatone dal notaio procedente, prima che incomincino le operazioni relative all'inventario, non ne faccia la debita dichiarazione. Ma qui pure riesce ovvia una risposta simile a quella accennata superiormente. La decadenza da un diritto per conseguenza della trasgressione d'una legge, non può essere dichiarata che dalla legge stessa; e ne porge esempio la medesima disposizione invocata dall'art. 286 codice civile, e poichè essendosi reputato necessario di far incorrere il tutore nella decadenza del credito, ch'egli non abbia dichiarato all'atto della formazione dell'inventario, se n'è fatto oggetto d'una disposizione testuale. D'altro lato una ragione sostanziale di differenza tra l'uno e l'altro caso è facile a comprendersi. Il tutore, che, espressamente interpellato, dissimula un diritto che conosce di avere verso il tutelato, fa con ciò stesso sorgere a proprio danno una grave presunzione di frode, a cui la legge applica la pena della decadenza del diritto, che più tardi il tutore medesimo venga a reclamare. La cessione invece d'un diritto altrui verso il tutelato, potrebb'essere veramente riportata dal tutore senz'animo di frode; ed è solo per prevenire la possibilità che qualche frode si commetta in danno del tutelato, che la legge ha proclamata la proibizione del contratto di cessione, ed ha dato luogo alla conseguente nullità di esso; senza però spingersi fino a punire una frode presunta, col mantenere a carico del tutore gli effetti obbligatorii della cessione da lui ottenuta

privandolo nel medesimo tempo dell'azione che da tale cessione gli deriverebbe contro il minorenne, debitore ceduto, e creandone così un lucro a vantagggio di questo ultimo.

Per tutto ciò riteniamo dunque ben fondata l'opinione prevalente nella dottrina: che gli effetti della nullità di una cessione di credito od altro diritto verso il minorenne, accettata dal tutore o dal protutore, contro la proibizione della legge, non siano da reputarsi limitati ai soli rapporti tra il cessionario e il debitore ceduto, ma debbano estendersi anche a quelli col cedente, assoggettandolo alla ripetizione, che il tutore potrà esercitare, del prezzo di cessione ch'egli abbia pagato, e ripristinando corrispondentemente a favore del cedente predetto quei medesimi diritti, che gli competevano anteriormente alla cessione.

Tutto ciò, per altro, suppone sempre che nell'interesse del tutelato sia stata proposta la nullità della cessione; trattandosi, come notammo da principio, d'una nullità puramente relativa a lui, e che quindi per lui solo può essere o non essere invocata, secondochè giovi al suo interesse.

Resta quindi a definirsi ancora un altro punto; degli effetti, cioè, che debbano derivare dalla cessione riportata dal tutore o protutore, qualora essa non venga impugnata di nullità a nome e per l'interesse del tutelato, contro cui esista il credito o diritto ceduto. Intorno a ciò fu manifestata da alcuni autori l'opinione che il minore, o chi lo rappresenti, lasciando sussistere la cessione stipulata dal tutore, possa rivolgerne il lucro a beneficio del minore stesso, disinteressando il tutore mediante il rimborso della sola somma da lui effettivamente pagata o convenuta come prezzo della cessione. A dimostrazione della qual teoria si adduce: che la nullità dell'avvenuta cessione non è assoluta, ma semplicemente relativa al minore; che questi, lasciandola sussistere, può reclamarne per sè il benefizio contro il tutore, il quale avrebbe dovuto o astenersi

dal contratto, o, se vantaggioso, conchiuderlo a nome e nell'interesse del pupillo, epperò, avendo agito in contrario, non gli è lecito prevalersi dell'infrazione commessa dei proprii doveri (1).

La stessa questione fu però risoluta in senso opposto da altri scrittori: qualcuno di essi fondandosi sull'idea che la cessione di diritti stipulata dal tutore contro il minore sia nulla, non relativamente soltanto, ma assolutamente, come convenzione illecita; altri osservando che la contraria opinione venga in sostanza a stabilire a profitto del minore un *diritto di retratto*, il quale non potrebb'essere ammesso, se non in virtù d'una disposizione espressa di legge, giacchè si risolverebbe in una espropriazione, imposta al cessionario, del credito da lui acquistato (2).

A noi parve irrecusabile la massima che la nullità del contratto, mediante il quale il tutore o il protutore abbia ottenuta la cessione d'un credito od altro diritto contro il minore soggetto alla sua tutela o protutela, debba considerarsi come puramente relativa al minore. Ma confessiamo nel medesimo tempo di non comprendere abbastanza come ciò possa influire decisivamente sulla questione attuale. La nullità della cessione non può essere proposta che in nome e nell'interesse del minorenne, debitore ceduto. Ma da ciò non pare logico inferirne senz'altro, che prescegliendosi nell'interesse del tutelato di lasciar sussistere la cessione, si possa poi costringere il tutore, che la stipulò per sè, a cederne il benefizio al tutelato stesso. Se in luogo d'impugnare quel contratto si reputa conveniente pel minorenne di rispettarne la validità, sembra anzi conseguente che il contratto debba essere mantenuto in tutti gli effetti suoi, e principalmente per la trasmissione dell'intiero credito in proprietà del cessionario. E ciò posto,

(1) V. Demolombe, t. VII, n. 768; Aubry et Rau, t. I, § 116, n. 10.

(2) V. De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. II, n. 795; Laurent, t. XXIV, n. 54.

la facoltà, che si vorrebbe attribuire al minore, di costringere il tutore ad accordargli la liberazione dal debito, mediante il solo rimborso del prezzo di cessione che questi avesse pagato, non sarebbe concepibile sotto altro aspetto, se non appunto d'un *diritto di retratto* che spettasse al minorenne, a somiglianza di quello concesso dall'art. 1546 cod. civ., al debitore ceduto, verso il cessionario d'un diritto litigioso. Ora, fu detto giustamente che un simile *retratto*, corrispondendo sostanzialmente ad una espropriazione del credito a danno del cessionario di esso, non può aver luogo che in virtù d'una espressa disposizione di legge, come quella appunto che fu scritta nell'articolo 1546 cod. civ., in ordine alla cessione di diritti litigiosi. Nè poi è da riguardarsi come esatta l'idea, che fonderebbe questo preteso diritto di retratto sul risarcimento che il tutore dovesse per inadempimento d'una sua obbligazione, perchè egli fosse tenuto, pei doveri dell'ufficio suo, a stipulare in nome del tutelato, invece che nell'interesse proprio, quel contratto col creditore del tutelato stesso, che si presentasse vantaggioso per la disposizione del creditore a contentarsi di ricever meno dell'ammontare nominale del credito. La legge fa obbligo al tutore di governare da buon padre di famiglia le sostanze costituenti il patrimonio del minore; non di fare speculazioni per aumentarlo, e tanto meno poi di preferire, negli affari vantaggiosi che si presentino, il tutelato a sè stesso. Nella specie attuale poi la legge proibisce bensì al tutore ed al protutore di speculare per sè sopra un debito del minorenne soggetto alla loro tutela o protutela. Ma l'interesse del minorenne è abbastanza efficacemente protetto con questa stessa proibizione, e colla facoltà, che a lui ne deriva, di promuovere l'annullamento del contratto di cessione, o di rispettarne la validità con tutti gli effetti conseguenti. Spingersi più oltre sarebbe quanto estendere arbitrariamente le disposizioni della legge in derogazione ai principii generali di diritto.

§ IV. — *Influenza dell'esercizio della tutela nei rapporti fra il tutore e l'amministrato e nei rapporti del tutore e dell'amministrato con terze persone.*

Sommario: — 286. Generalità sull'influenza che la tutela può esercitare nei rapporti tra il minore ed il tutore, e verso i terzi, coi quali il tutore abbia trattato in rappresentanza dell'amministrato. — 287. Diritti ed obbligazioni fra il tutore e l'amministrato. — 288. Rapporti derivabili dagli atti del tutore, tra e minorenne da lui rappresentato ed i terzi, secondochè in quegli atti siano state, o no, adempite le forme abilitanti prescritte dalla legge. — 289. Rapporti derivabili dagli atti compiuti dal tutore in rappresentanza del minorenne, tra il tutore medesimo ed i terzi.

286. Quantunque generalmente siano applicabili i principii di diritto comune ai rapporti che possono nascere fra tutore e amministrato da cause estranee alla gestione tutelare durante l'esercizio di questa, sicchè l'uno di essi può ottenere verso l'altro, e sui beni di lui, quei diritti medesimi che a qualunque altra persona sarebbe lecito acquistare, tuttavia a questa massima vi sono eccezioni stabilite dall'art. 300 del cod. civ., delle quali ci occupammo superiormente (1) e che possono sotto tale aspetto riguardarsi come effetti dell'esercizio della tutela nei rapporti fra tutore ed amministrato, nel senso di restringere eccezionalmente la relativa capacità del primo ad acquistare diritti verso il secondo.

Ora però prendiamo invece a considerare i rapporti dipendenti da cause relative alla stessa amministrazione tutelare nei contratti, atti o fatti giuridici, che il tutore compia in rappresentanza del minore; e ci proponiamo di determinare quali siano quei rapporti tra il tutore stesso ed il tutelato, e tra questo ed i terzi, con cui in nome di lui abbia trattato il tutore.

(1) V. sopra, n. 281-285, pag. 1345 e segg.

E in tale argomento tutto deve coordinarsi ad un principio fondamentale, che è questo: contenersi nella tutela un *mandato generale conferito dalla legge al tutore per rappresentare il minore in tutti gli atti civili, ed amministrarne i beni* (art. 277 cod. civ.); ond'è che nei rapporti fra tutore ed amministrato gli effetti dell'esercizio della tutela debbono ritenersi generalmente identici a quelli che secondo le regole proprie del mandato convenzionale si verificano tra mandante e mandatario (articolo 1745 e seguenti del cod. civ.), salve le specialità che si trovino regolate nel titolo della tutela con disposizioni particolari diverse dalle norme ordinarie del mandato; e nei rapporti poi fra il tutelato ed i terzi, coi quali in nome di lui sia stato trattato dal tutore, deve applicarsi la regola che gli atti giuridici fatti dal mandatario hanno a riguardarsi come compiuti dal mandante stesso personalmente, talchè rimpetto ai terzi quegli atti producono i medesimi effetti che ne deriverebbero se li avesse fatti l'amministrato che fosse in istato di perfetta capacità. Ciò però s'intende sotto la condizione che siasi in uno dei casi nei quali il tutore possa agire liberamente da solo, od altrimenti egli abbia adempite le forme abilitanti che dalla legge gli fossero prescritte; poichè l'inosservanza di tali forme produrrebbe la nullità relativa dell'atto, e questa, dichiarata che fosse, sulle istanze del minore o del suo legittimo rappresentante, farebbe considerare l'atto medesimo come non mai avvenuto, e improduttivo quindi di qualsiasi effetto, sì a favore che a carico dei terzi contraenti.

Del resto, avendo noi avuta occasione di esaminare il quesito della responsabilità del tutore in relazione a diversi dei più importanti atti della gestione tutelare, e d'altra parte ciò che concerne la nullità degli atti compiuti dai tutori, senza l'osservanza delle forme abilitanti stabilite dalla legge, attenendosi ad una materia speciale, di cui sarebbe ora prematuro l'occuparsi distesamente,

ci limiteremo qui a riassumere in breve i principii generali che debbono regolare tanto i rapporti giuridici che legano tra loro il tutore e l'amministrato, quanto quelli del minore coi terzi, relativamente agli atti fatti dal tutore medesimo in rappresentanza del minore, senza discendere ad applicazioni particolari, le quali poi, per ciò specialmente che riguarda la responsabilità del tutore, rimangono inevitabilmente subordinate alle circostanze speciali dei casi indefinitamente variabili.

287. L'applicazione delle massime accennate nel numero precedente induce alle seguenti conclusioni, per ciò che riguarda i rapporti d'obbligazioni fra il tutore e l'amministrato.

Il tutore è tenuto ad agire in rappresentanza del minore ed amministrarne i beni da buon padre di famiglia, facendo tutti gli atti necessari ed utili nell'interesse del minore stesso (art. 277 comb. col 1745 codice civile). È tenuto a render conto del suo operato, e restistuire all'amministrato tutto ciò che abbia ricevuto in conseguenza della gestione tutelare, senza potere ritenere nulla, nemmeno sotto pretesto che non fosse dovuto al minore (art. 302, 1747 cod. civ.). È responsabile dei danni derivanti dall'inadempimento degli obblighi suoi, non solo per *dolo*, ma anche per la semplice *colpa* commessa nell'esercizio delle sue funzioni (articoli 1745, 1746, § 1, codice civile); e tale responsabilità dev'essere determinata prendendo per norma la *diligenza di buon padre di famiglia*, che il tutore è tenuto ad impiegare nell'adempimento degli obblighi suoi, secondo la regola generale dell'art. 1224, non essendo da applicarsi al caso la speciale disposizione scritta pel mandato convenzionale e gratuito nel § 2 dell'articolo 1746, come in altro luogo accennammo (1). È responsabile parimente il tutore dei fatti

(1) V. sopra, n. 167, pag. 762 e segg.

e delle ommissioni imputabili a colui ch'egli abbia sostituito a sè stesso per determinati atti da compiersi nell'interesse del minore, non ostante che questo sostituito sia la persona scelta dal tutore per farsi coadiuvare nell'amministrazione, e stipendiata a carico del patrimonio del minore, in seguito ad autorizzazione datane dal consiglio di famiglia, secondo il disposto dell'articolo 295 codice civile. La responsabilità del tutore pel coadiutore è in quest'ultimo caso dichiarata espressamente nell'articolo ora citato; e ciò stesso porge argomento *a fortiori* per gli altri casi, nei quali senza alcuna autorizzazione del consiglio il tutore abbia sostituito altri a sè stesso, sia per determinati incarichi particolari, sia per rappresentare il minore in qualche atto speciale, o per compiere determinati atti d'amministrazione, od anche per tutti in generale gli affari della tutela, ma per un tempo limitato. Su ciò possiamo riferirci a quanto altrove esponemmo (1). Nè pertanto sarebbero applicabili al mandato legale del tutore le disposizioni limitative contenute nei due numeri dell'art. 1748 cod. civ. circa la responsabilità del mandatario convenzionale per colui che abbia sostituito nell'incarico avuto. Bensì dovrebbe osservarsi anche in favore del minore la massima generale enunciata nell'ultimo paragrafo del predetto articolo, che autorizza il mandante ad agire *direttamente contro la persona sostituita* dal mandatario. Per analogia dedotta dall'articolo 1750 sarebbe pure da ritenersi obbligato il tutore a corrispondere al minorenne gli interessi sulle somme che avesse impiegate a proprio uso, dalla data del fattone impiego, nonchè degli interessi di quelle altre, delle quali fosse egli stesso debitore all'amministrato per cause estranee alla gestione tutelare, e delle quali fosse costituito in mora, nè provasse di averle versate nella cassa della tutela (2). Ma

(1) V. sopra, n. 202, pag. 909 e segg.
(2) V. sopra, n. 205, pag. 945-952.

invece sul reliquato, di cui risultasse debitore dal rendiconto finale, il tutore dovrebbe gli interessi *dal giorno dell'ultimazione del conto*, indipendentemente dalla costituzione in mora, essendovi intorno a ciò una disposizione speciale dell'art. 308, § 1, diversa da quella dell'art. 1750 codice civile.

Il minore poi deve rimborsare al tutore le anticipazioni e le spese tutte che questi abbia fatte per lui e per l'amministrazione tutelare (art. 1753, § 1, cod. civ.), tanto se quelle spese siano state *necessarie*, quanto se *utili* solamente (art. 305, § ultimo, cod. civ.); e qualora non sia imputabile al tutore alcuna colpa della quale sia responsabile, secondo la regola generale dell'art. 1224, non può nemmeno il minore esimersi dai predetti rimborsi pretestando che gli affari pei quali il tutore abbia sostenuto anticipazioni e spese, non siano nei loro risultamenti finali riusciti vantaggiosi, nè far ridurre la somma di dette spese ed anticipazioni allegando che avrebber potuto esser minori (arg. art. 1753, § 2, codice civile).

Non deve però il minore indennizzare il tutore di tutte le perdite sofferte per occasione dell'esercizio della tutela, ma solamente di quelle delle quali codesto esercizio sia stata la causa diretta ed immediata; non ostante la disposizione generale ed assoluta dell'art. 1754 in favore di chi abbia assunti incarichi per mandato convenzionale; trattandosi qui di un ufficio obbligatorio per legge e gratuito, al quale sono inerenti, ed imposti per motivi d'interesse generale, quei sacrifici eventuali che possono essere conseguenze indirette dell'esercizio dell'ufficio stesso, nè potendosi quindi far paragone col mandato convenzionale in cui è da presumersi che secondo l'intenzione delle parti l'incarico gratuito volontariamente accettato dal mandatario non sia stato assunto che colla tacita condizione di non assoggettarsi per l'esecuzione del mandato a perdite patrimoniali quali che siano senza che debbano essergli risarcite.

Similmente non sarebbe estensibile al tutelato la disposizione dell'art. 1755, che obbliga il mandante a corrispondere al mandatario “ gli interessi delle somme da questo “ anticipate dal giorno del provato pagamento delle “ medesime „ giacchè in questo rapporto vi è nel capo della tutela una disposizione speciale, nel secondo paragrafo dell'art. 308, che esclude la decorrenza di diritto degl'interessi a favore del tutore sulle somme da lui anticipate per conto del minore (1).

288. Essendo dalla legge attribuito al tutore il mandato di *rappresentare il minore negli atti civili ed amministrarne i beni* (art. 277 cod. civ.), ne segue naturalmente che gli atti fatti dal tutore in nome del tutelato debbano riguardarsi come fatti da quest'ultimo, ed obbligare lui verso i terzi, rimpetto ai quali quegli atti siansi compiuti, senza obbligar punto il tutore stesso personalmente, come gli effetti utili degli atti medesimi non giovano a lui, ma all'amministrato; il quale principio suolsi esprimere coll'adagio: *factum tutoris, factum pupilli*. Ciò d'altronde concorda colla regola generale del mandato, che “ il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni “ contratte dal mandatario secondo le facoltà a lui date „ (art. 1752 codice civile).

E come la rappresentanza e l'amministrazione predette riguardano tutti indistintamente gli atti civili che abbiano a farsi in nome e nell'interesse del tutelato, così è chiaro non doversi la massima sopraccennata restringere nelle applicazioni sue alle sole convenzioni stipulate a nome del minore, ma per tutti in generale i contratti, gli atti ed i fatti giuridici compiuti dal tutore in tale sua qualità, ogni diritto od ogni obbligazione che ne derivi non profittare che al minore, nè vincolare che lui solo; senzachè il tutore personalmente possa invocare per sè il beneficio di

(1) V. sopra, n. 248, pag. 1162-1166.

quei diritti, nè andar soggetto alle azioni corrispondenti a quelle obbligazioni. Una sola condizione è indispensabile: trattarsi, cioè, di contratti, atti, o fatti giuridici i quali rientrino nel mandato conferito dalla legge al tutore. Chè se egli operasse fuori dei limiti di tale mandato, se, per esempio, disponesse a titolo gratuito di alcun bene dell'amministrato, farebbe atti i quali non potrebbero avere rimpetto a quest'ultimo alcuna esistenza giuridica, dovendosi quanto a lui riguardare come proveniente da un estraneo ciò che fosse bensì stato fatto dal tutore, ma eccedendo i poteri conferitigli dalla legge. In simil senso si esprime il testo del citato art. 1752, allorchè dichiarando tenuto il mandante ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, vi appone la limitazione che tali obbligazioni siano state assunte *secondo le facoltà date dal mandante.*

Per altro bisogna evitare di confondere l'inesistenza giuridica di un atto, che il tutore abbia compiuto senza averne alcuna facoltà per legge, colla semplice annullabilità di quelli che egli abbia fatti senza il concorso delle necessarie formalità abilitanti. A primo aspetto potrebbe sembrare che anche in quest'ultimo caso fossero a considerarsi come eccedute dal tutore le facoltà attribuitegli dalla legge, avendole essa subordinate a quelle determinate forme, all'autorizzazione del consiglio di famiglia, all'omologazione del tribunale. Ma un'osservazione, che già abbiamo fatta altra volta, chiarisce facilmente l'equivoco. Quelle forme sono prescritte dalla legge come limitazioni apposte, non veramente ai poteri del tutore, che si estendono indistintamente alla rappresentanza del minore in tutti gli atti civili che per lui occorrano, ma solo all'esercizio di quei poteri. Anche negli atti che il tutore compie senza le formalità prescritte dagli articoli 296 e 301, egli però rappresenta legalmente il minore in virtù del mandato generale conferitogli dall'art. 277. L'inosservanza di tali forme cagiona soltanto relativamente al minore la

annullabilità di quegli atti, che egli però non può ripudiare come assolutamente inesistenti in diritto. La differenza è grandissima. Se l'atto fosse inesistente, per assoluta mancanza di facoltà in chi l'aveva compiuto quale mandatario legale, come sarebbe d'una donazione di beni del minore fatta dal tutore ad altri, il tutelato, o chi per lui, potrebbe respingerlo come inizialmente e completamente inefficace, non meno che se fosse emanato da persona a lui affatto estranea; potrebbe riguardarlo quanto a sè, per ogni effetto di diritto, e indipendentemente anche da qualunque dichiarazione giudiziale, come non mai avvenuto; e tale inesistenza dell'atto potrebbe opporre in qualunque tempo, senzachè valesse a coprirla mai nè conferma nè prescrizione. All'opposto, la semplice annullabilità, per difetto delle forme prescritte dagli articoli 296 e 301, lascia luogo a doversi intanto considerare l'atto fatto dal tutore in nome del minorenne come emanato da quest'ultimo, come produttivo verso lui stesso di tutti i suoi effetti giuridici; finchè egli, o chi lo rappresenta, non abbia provocata la dichiarazione giudiziale di nullità, e la pronunciazione di questa non abbia distrutta con effetto retroattivo l'esistenza giuridica dell'atto medesimo; mentre poi la nullità stessa potrebb'essere sanata mediante un valido atto di conferma, o l'azione per proporla essere estinta mediante la speciale prescrizione stabilita dall'articolo 1300 del codice civile.

Le premesse osservazioni rendono agevole la determinazione dei casi, ai quali deve applicarsi il principio che gli atti fatti dal tutore in nome del minore siano da considerarsi come fatti da quest'ultimo, ed operare i loro effetti giuridici pel minore stesso, non pel tutore che li ha compiuti.

Non può dubitarsene, in primo luogo, rispetto ai contratti; nei quali giuridicamente è il minore stesso che si reputa stipulare e promettere col mezzo del tutore, suo legittimo rappresentante. Ma qualche difficoltà potrebbe

incontrarsi quanto alle colpe che il tutore avesse commesse nell'esecuzione delle obbligazioni assunte coi contratti medesimi. La responsabilità di tali colpe, per l'essenziale personalità di esse, pesa indubbiamente sul tutore; onde potrebbesi pensare che contro lui solo dovessero rivolgersi le azioni del creditore per ottenere risarcimento dei danni derivanti dall'inesecuzione, o dall'incompleta esecuzione dell'obbligazione. Questo però sarebbe un errore; confondendosi in tal modo i rapporti del creditore verso l'obbligato, con quelli esistenti tra il tutore e l'amministrato. L'azione in risarcimento dei danni, per mancanza d'esatto adempimento dell'obbligazione, compete al creditore *contro chi ha contratta l'obbligazione stessa* (art. 1218 cod. civile). Ora, è il minore, che col mezzo del tutore suo rappresentante ha assunta l'obbligazione; era egli tenuto ad adempierla esattamente col medesimo mezzo; a lui dunque deve incombere del pari verso il creditore l'obbligazione sussidiaria del risarcimento dei danni per la mancanza di quell'esatto adempimento. Certamente il tutore è responsabile in proprio della colpa che è a lui personale; ma ciò riguarda i rapporti suoi col tutelato, al quale spetterà un'azione di regresso contro il tutore stesso, non riguarda il terzo contraente, estraneo alla tutela, e sul quale perciò non debbono ricadere le conseguenze della mala gestione del tutore, nè quelle dell'eventuale insolvenza di lui (1).

Sempre nella stessa materia dei contratti un dubbio più grave può presentarsi in ordine al *dolo*, di cui nella formazione dei contratti medesimi siasi reso colpevole il tutore. Rimpetto all'altra parte contraente, dovrà ritenersi responsabile delle conseguenze di questo dolo il tutelato, in cui nome la convenzione fu fatta? Per principio generale non potrebbesi esitare a rispondere negativamente a questo quesito. È mai concepibile che nel mandato legale

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 115, n. 6; Laurent, t. V, n. 102, pag. 113.

conferito al tutore possa comprendersi l'esercizio d'atti di dolo in danno altrui, per favorire gl'interessi del minorenne? Ora, ciò che non è nelle facoltà del mandatario è a riputarsi come giuridicamente inesistente rimpetto al mandante per l'effetto di obbligar lui quantunque sia stato fatto arbitrariamente in suo nome. Ma qualora il dolo sia addotto come vizio del consenso prestato al contratto, allo scopo di fare annullare questo, come rimasto per tale causa imperfetto, è manifesto che l'imputabilità personale del dolo al tutore, che l'ha praticato per indurre l'altra parte al contratto fatto in nome del minore, non può valere a convalidare il consenso dell'altro contraente, che senza i raggiri usati dal tutore non avrebbe contrattato. Il dolo del tutore rappresentante una delle parti, sarà dunque allegabile dall'altra, come causa di nullità della convenzione, non altrimenti che se fosse stato praticato dalla parte stessa contro cui s'invoca tale nullità; ma la responsabilità del dolo pel risarcimento dei danni non potrà incombere che personalmente al tutore medesimo che n'è l'autore (1).

Il principio che l'operato del tutore, nell'esercizio dell'ufficio suo, debba considerarsi come proprio del minore stesso, in cui nome è avvenuto, sicchè non il tutore, ma il minore solo ne tragga i diritti e le obbligazioni corrispondenti, deve applicarsi, come dicemmo, non solo pei contratti, ma eziandio per tutti gli altri atti o fatti giuridici di qualunque specie, che il tutore abbia compiuti in rappresentanza del suo amministrato, e in virtù del mandato conferitogli dalla legge. Così non vi è dubbio che anche gli atti semplicemente unilaterali che il tutore avesse fatti in nome del minore, per esempio le ricognizioni di debiti a carico di lui, o di diritti reali d'enfiteusi od altri a favore di terzi, andrebbero soggetti alla medesima regola. Così parimente i semplici fatti giuridici eseguiti dal tutore, quale rappresentante del minorenne ed

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 115, n. 9; t. IV, § 334*bis*, pag. 28.

amministratore dei beni di lui, produrrebbero rimpetto ai terzi gli effetti di diritti e d'obbligazioni, dei quali fossero suscettibili, pel solo amministrato, non pel tutore stesso. Fingasi, per esempio, che il tutore, come tale, abbia assunto in buona fede il possesso di un bene da lui reputato appartenente al minore, e rivendicato in seguito dal vero proprietario, sul qual bene abbia nel frattempo eseguite opere di riparazione, o di miglioramento, o invece altre, per le quali il rivendicante abbia diritto ad esigere la rimessione in pristino e il risarcimento dei danni. Incomberà al minore verso il rivendicante l'obbligazione delle reintegrazioni a questo dovute, come gli apparterrà il diritto alla restituzione delle spese necessarie od utili, a norma di legge; mentre la responsabilità del tutore per la mala gestione, che a lui fosse imputabile, od invece il rimborso che gli fosse dovuto per le spese che avesse sostenute del proprio, non avranno luogo che nei rapporti tra lui e l'amministrato, e se ne terrà calcolo nel rendiconto finale della tutela.

Anche le semplici ommissioni, imputabili al tutore, sono opponibili per le loro conseguenze giuridiche dai terzi, che abbiano interesse legittimo di approfittarne, al minore; salva a quest'ultimo, nei suoi rapporti col proprio tutore, l'azione di regresso, che può competergli contro di lui per essere risarcito dei danni sofferti. Questa, ch'è una massima generale, conseguente al principio che nel governo dei beni del minore questi è rappresentato dal tutore, il cui operato si considera come proprio del minore stesso, trovasi applicata in alcune disposizioni del codice, le quali non potrebbero essere giustificate senza presupporre la massima predetta. Così l'art. 1063 dichiara non restituibili in intiero i minori per mancanza di accettazione delle donazioni ad essi fatte, salvo il loro regresso contro chi aveva l'obbligo dell'accettazione. L'art. 1944, § 2, dice opponibile anche ai minori la mancanza di trascrizione degli atti che vi sono per legge soggetti, salvo ai minori

medesimi il regresso contro i tutori aventi l'obbligo della trascrizione. L'art. 1984 stabilendo responsabilità anche penali a carico dei tutori, i quali non abbiano curata a debito tempo l'iscrizione dell'ipoteca legale spettante ai loro amministrati, viene a supporre evidentemente, ciò che d'altronde è una necessità nel sistema della pubblicità ipotecaria, che gli altri creditori possano prevalersi della mancanza o del ritardo di quell'iscrizione, donde derivi danno agli amministrati predetti. L'art. 2145 stabilisce che le prescizioni più brevi dell'ordinaria corrono anche contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore.

Anche in un quasi-contratto, *fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo, od un'obbligazione reciproca tra le parti* (art. 1140 cod. civ.), ciò che il tutore abbia operato in tale qualità produrrà i suoi effetti giuridici, non per lui, ma pel tutelato. Così se il tutore abbia ricevuto ciò che non era dovuto al minore, od abbia ricevuto il pagamento d'un credito da chi per errore si credeva, ma non era il vero debitore, la ripetizione dell'indebito sarà esercibile da chi ha fatto il pagamento contro il minore, salvo, s'intende, il doversi dal tutore render conto della somma da lui riscossa. Così pure, se il tutore abbia lasciato che altri assuma come gestore di negozio un affare nel quale sia interessato il minore, spetteranno a questo le azioni contro l'amministratore, il quale a sua volta potrà esigere che a carico del minore stesso siano adempite le obbligazioni contratte in di lui nome, rilevando il gestore da quelle che avesse personalmente assunte, e gli siano rimborsate le spese necessarie od utili coi relativi interessi; ma pel caso che l'affare non sia stato bene amministrato dal terzo, rimarrà responsabile il tutore, nei suoi rapporti col minore, per aver lasciato che altri esercitasse una gestione, di cui egli stesso avrebbe dovuto occuparsi per obbligo di ufficio.

Nel quasi-contratto giudiziale, se il minore sia stato regolarmente rappresentato dal tutore, o perchè sia stato convenuto; o perchè come attore abbia promosse azioni possessorie, o relative al conseguimento delle rendite, od urgenti; o perchè, trattandosi d'altre azioni, abbia ottenuta dal consiglio di famiglia l'autorizzazione a promuovere il giudizio, è fuor di dubbio che le sentenze pronunciate vincoleranno per tutti gli effetti loro il minore stesso, mentre non potrebbero certamente fare alcuno stato contro il tutore personalmente.

Ma quand'anche il tutore abbia promossa un'azione in giudizio a nome del minore in uno di quei casi, nei quali a norma di legge gli sarebbe stata necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che non abbia ottenuta, le sentenze che vengano proferite saranno nondimeno suscettibili di acquistar la forza di cosa giudicata contro il minore, qualora la nullità relativa, dipendente dalla mancanza della necessaria autorizzazione, non sia nell'interesse di lui fatta valere coi mezzi ordinari e straordinari di ricorso offerti dalla legge. Che se si obbiettasse non essere il tutore legittimo rappresentante del minore nell'azione promossa a nome di lui in giudizio, quando non vi è autorizzato dal consiglio di famiglia come la legge richiede, basterebbe rispondere coll'osservazione accennata superiormente: che, cioè, in qualunque atto civile il minore è sempre legittimamente rappresentato dal tutore, per la regola generale scritta nell'art. 277 cod. civ.; che *al solo esercizio* di questo potere di rappresentanza è apposta limitazione dalla legge col prescrivere nell'art. 296 la forma abilitante dell'autorizzazione consigliare; che quindi l'inosservanza di questa formalità non induce veramente l'*inesistenza giuridica* dell'atto, come se il tutore mancasse assolutamente di qualità per rappresentare in esso il tutelato, ma induce una semplice *nullità relativa* al minore stesso, per l'inadempimento di quelle cautele ulteriori, che nell'interesse di lui erano stabilite dalla legge; la quale

nullità può pertanto essere proposta coi mezzi ordinari e straordinari di ricorso, ma se ciò non avvenga, non può però rimanerne impedito alla sentenza di acquistare l'autorità della cosa giudicata (1).

I delitti o i quasi-delitti commessi dal tutore, sia pure in occasione dell'esercizio dell'ufficio suo, non possono far luogo ad esercitarsi contro il tutelato le azioni di risarcimento spettanti alla parte lesa. Per dare fondamento a ciò, bisognerebbe supporre che il tutore rappresentasse legittimamente il minorenne anche nel commettere fatti illeciti e dannosi ad altri; il che sarebbe manifestamente assurdo. Non dunque al tutelato, che non potrebbe mai reputarsi autore di quelle azioni delittuose o quasi, per la responsabilità dei danni derivatine, come se commesse in legittima rappresentanza di lui, ma al solo tutore personalmente incomberà verso i terzi danneggiati l'obbligazione di riparare il pregiudizio cagionato dal fatto suo. Il minore non potrebbe essere tenuto, sia verso i terzi medesimi, sia verso il tutore, se non per un'azione *de in rem verso*, fino a concorrenza di quanto fosse entrato nel suo patrimonio in dipendenza dei fatti delittuosi o quasi delittuosi del suo tutore; e ciò per la regola generale d'equità, che a niuno debba esser permesso di arricchirsi a detrimento altrui (2).

La legge assimila ai quasi-delitti alcuni casi di responsabilità, e tra essi quelli per danni cagionati da animali di cui si abbia la proprietà, o l'uso temporaneo, o dalla rovina di un edifizio avvenuta per mancanza di riparazioni o per vizi di costruzione (art. 1155, 1156 cod. civ.). E siccome quella responsabilità dipende dall'omissione di fatti, dei quali si aveva obbligazione verso i terzi, che per tale omissione rimasero danneggiati; e poichè, come abbiam dimostrato, anche per l'inesecuzione delle obbligazioni,

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 115, n. 10; Laurent, t. V, n. 103, pag. 113, 114.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 125-127; Aubry et Rau, t. I, § 115, n. 9.

che il tutore avrebbe dovuto adempiere in rappresentanza dell'amministrato, colui al quale spettava il diritto può agire pel risarcimento dei danni contro il minore stesso, salvo il regresso di quest'ultimo verso il tutore negligente; fu quindi giustamente insegnato doversi applicare identiche massime anche ai casi di responsabilità ora figurati e previsti negli articoli 1155 e 1156 del nostro codice (1).

Determinato così quale sia l'estensione da darsi nelle sue applicazioni al principio, che gli atti fatti dal tutore in nome dell'amministrato si riguardano come proprii di quest'ultimo, e non giovano nè pregiudicano che a lui solo, vediamo ora quali ne siano le conseguenze rimpetto ai terzi. Intorno a che presentasi ovvia la necessità di distinguere, se gli atti compiuti dal tutore siano, o no, soggetti per legge a condizioni e formalità speciali, e queste siano state adempite o trascurate.

Se si tratti d'atti compresi secondo la legge nelle facoltà libere del tutore, o le condizioni e forme per essi richieste nell'interesse del minore siano state osservate, riportando, secondo i casi, l'autorizzazione del consiglio di famiglia od anche l'omologazione del tribunale, quegli atti hanno, anche rimpetto ai terzi, la stessa forza che avrebbero *se fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace* (articolo 1304 codice civile). Il minore non potrebb'essere ammesso a dimandarne la nullità, e nemmeno la rescissione per lesione, se non nei casi e sotto le condizioni espresse dalla legge, e nei quali anche per un maggiore di età sarebbe proponibile una simile azione (art. 1308, § 1, codice civile).

Se all'opposto si tratti d'alcuno degli atti contemplati negli articoli 296 e 301, e soggetti quindi alle formalità in essi stabilite, le quali non siano state adempite, il minore è ammesso ad impugnare quegli atti per nullità relativa a

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 115, n. 7.

lui solo; ma la corrispondente azione può essere esercitata in suo nome, o dagli eredi, o dagli aventi causa di lui, ed anche dal tutore stesso da cui gli atti furono fatti, come già altre volte dimostrammo.

Le massime sovradette possono essere applicabili anche agli atti emanati da chi sia tutore, non *di diritto*, ma semplicemente *di fatto*, secondo le osservazioni e distinzioni che già proponemmo esponendo le nozioni preliminari della tutela (1).

289. Come accennammo nel numero precedente, gli atti fatti dal tutore in questa sua qualità, senza che occorresse per legge l'adempimento di speciali formalità abilitanti, o colla regolare osservanza di quelle che fossero prescritte, mentre vincolano il minore come se fossero emanati da lui stesso in istato di piena capacità, non producono poi alcuna obbligazione personale a carico del tutore. Il quale anzi neppure sarebbe responsabile verso l'altra parte contraente della nullità degli atti che avesse fatti senza uniformarsi alle condizioni e formalità che per essi fossero necessarie; giacchè codesta infrazione della legge essendo comune anche alla parte capace, la quale non poteva contrattare validamente col minore o col suo rappresentante senza l'adempimento di quelle condizioni e forme, non potrebbe essa aver titolo per reclamare dal tutore il risarcimento dei danni derivatile dell'annullazione del contratto, alla quale per fatto suo sarebbesi esposta. Per eccezione però alle regole predette, il tutore sarebbe responsabile personalmente verso i terzi, coi quali avesse contrattato in nome del minore, del *dolo* che avesse praticato a loro danno in tali contrattazioni; come dovrebbe rispondere in proprio dei delitti o quasi-delitti, che in occasione dell'esercizio della tutela avesse commessi; e potrebbe pure esser tenuto a risarcire ai terzi contraenti

(1) V. sopra, n. 20, pag. 59 e segg.

stessi i danni derivati dall'annullazione dei contratti per mancanza delle forme necessarie, qualora all'atto della convenzione non avesse data all'altra parte una sufficiente notizia della qualità in cui agiva (arg. art. 1751 codice civile) o l'avesse ingannata intorno all'adempimento delle formalità abilitanti prescritte dalla legge. E per identica ragione, nelle contestazioni giudiziali, il tutore, che avesse intentata o sostenuta una lite temerariamente e per solo fine vessatorio, potrebb'essere condannato personalmente in favore dell'altra parte contendente alle spese del giudizio; essendo certamente questo uno dei *motivi gravi*, pei quali l'art. 372 del cod. di proc. civ. ammette simili condanne personali nelle spese di lite, senza diritto di ripetizione, a carico dei tutori e d'altri amministratori di beni altrui. Inoltre, e indipendentemente da ogni altra causa, per la quale potesse essere personalmente tenuto, il tutore sarebbe obbligato, in virtù dei principii comuni, all'indennità in favore del terzo, col quale avesse contrattato a nome del minore, qualora avesse promessa la ratifica di questo, mentre al contrario venisse promessa da lui o in suo nome l'annullazione del contratto (art. 1129 cod. civile).

Sezione VI.

Della cessazione della tutela.

NOZIONI GENERALI

Sommario: — 290. Idee generali su questo argomento. — Partizione della materia.

290. Le cause per cui finisce la tutela sogliono distinguersi dalla dottrina in *assolute* (*ex parte pupilli*), e *relative* (*ex parte tutoris*); sebbene veramente le prime soltanto producano la cessazione dello stato tutelare, sicchè l'ufficio del tutore finisce per mancanza d'oggetto; mentre per le altre hanno fine le funzioni del tutore relativamente a lui, ma, perdurando lo stato di tutela, non si verifica pel minorenne che un semplice cambiamento di tutore.

Da ciò si appalesa quanto essenzialmente debbano differire gli effetti derivanti da questi distinti ordini di cause, per le quali la tutela si estingue. Solo si verifica generalmente la identità di tali effetti in ordine ai diritti ed alle obbligazioni del tutore cessante; ed ancora in questo stesso concetto non si può a meno di ammettere qualche limitazione, che appresso avremo occasione di riscontrare, specialmente per ciò che riguarda le persone alle quali il conto della tutela dev'essere reso (confr. art. 306, 307 cod. civ.).

Tra gli effetti della estinzione della tutela, alcuni sono generali, e concernono la cessazione dei poteri del tutore sulla persona e sui beni del minore, un altro ve n'è speciale, e consiste nella obbligazione del tutore cessante di rendere il conto della sua amministrazione.

Esporremo pertanto, in separati paragrafi, le cause e gli effetti della cessazione della tutela, e in quest'ultimo argomento distingueremo i principii riguardanti gli effetti generali che quella cessazione produce e le norme particolari concernenti i conti tutelari.

§ I. — *Delle cause per cui finisce la tutela.*

Sommario. — 291. Cause assolute di cessazione dello stato di tutela — 292. Cause relative di cessazione delle funzioni del tutore.

291. Si annoverano come cause di cessazione assoluta dello stato di tutela:

1° la morte del minore;

2° la maggiore età da lui raggiunta;

3° l'emancipazione ch'egli abbia ottenuta.

A queste crediamo doversi aggiungere;

4° la legittimazione del figlio naturale minore di età.

Sotto alcune legislazioni anteriori parificavasi alla morte naturale la *morte civile* del minorenne. Nello stato attuale della legislazione nostra, le condanne alle pene dell'ergastolo e della reclusione per un tempo maggiore dei cinque anni traendo seco l'*interdizione legale* del condannato durante la pena (art. 33 cod. penale), ed agl'interdetti legalmente, per la loro rappresentanza negli atti civili e per l'amministrazione dei loro beni, essendo, in generale, applicabili le stesse disposizioni fatte dalla legge per gl'interdetti giudizialmente; ne segue che, qualora tali condanne vengano inflitte ad un minore di 21 anni, egli passa dalla tutela per minore età a quella per interdizione legale, senzachè perciò lo stato di tutela sia discontinuato.

Quando il tutelato abbia compito il ventunesimo anno di età diviene maggiore, e come tale capace di tutti gli atti della vita civile, salve le eccezioni stabilite da disposizioni speciali di legge (art. 323 cod. civ.); ond'è che cessa da quel punto per lui la tutela, incompatibile collo stato suo di piena capacità. Nè a ciò potrebbe ostare che con lui si trovassero soggetti alla medesima tutela altri tuttora minori di età. La unicità della tutela non impedisce che ciascuna delle persone che vi siano soggette abbia diritto ad essere

considerata e trattata individualmente secondo lo stato suo personale, indipendentemente dalle altre; epperò l'incapacità in cui queste rimangono non può impedire a chi ha acquistata la capacità a tutti gli atti della vita civile d'esercitarne liberamente i diritti e quindi di esigere anche dal tutore l'immediato rendiconto della tutela per ciò che riguarda l'interesse suo (1). Questa osservazione, del resto, è applicabile anche al caso in cui una tutela comune a più minorenni venga a cessare per alcuno di essi in virtù della emancipazione; e parimente nel caso di morte di uno dei tutelati gli eredi di lui possono esigere dal tutore il rendiconto per la parte riguardante il loro autore.

L'emancipazione, tanto *di diritto* che *formale* (art. 310, 311 cod. civ)., dando luogo pel minore ad un nuovo stato, in cui gli è conferita *la capacità di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione* e di compiere personalmente anche gli altri, sia colla semplice assistenza d'un curatore, sia coll'autorizzazione inoltre del consiglio di famiglia od anche, secondo i casi, coll'omologazione del tribunale (art. 317, 318, 319 cod. civ.), fa quindi cessare necessariamente lo stato di tutela nel quale il minore non aveva capacità di agire da solo, ma doveva essere rappresentato in tutti gli atti civili dal tutore che ne amministrava i beni (art. 277 cod. civ.). Ed infatti è provvisto dalla legge al rendiconto che il tutore deve dare, stabilendo che codesto conto abbia ad essere ricevuto dallo stesso minore emancipato assistito dal curatore o da un altro curatore speciale, se quello sia la stessa persona che deve rendere il conto (art. 316 cod. civ.). Questa causa di cessazione della tutela ha però un carattere particolare ed essenziale in ciò che, a differenza delle altre, non estingue irrevocabilmente la tutela stessa, potendo il minore, nei casi e modi stabiliti dalla legge, esser privato del benefizio

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 4.

dell'emancipazione, e ricadendo egli allora nello stato di tutela per rimanervi fino alla maggiore età compiuta (art. 321 cod. civ.).

Il figlio naturale riconosciuto è sotto la *tutela legale* del genitore da cui fu fatto il riconoscimento e, a preferenza, sotto la *tutela del padre* (art. 184 cod. civ.). Ma, qualora quel figlio ottenga, o per susseguente matrimonio dei genitori, o per decreto reale, la legittimazione, avendo questa per effetto di attribuire la *qualità di figlio legittimo* a chi è nato fuori di matrimonio (art. 194 cod. civ.) dal giorno in cui tale effetto si opera, cioè da quello in cui si trovino concorrenti le condizioni del riconoscimento operato da amendue i genitori e del seguìto matrimonio fra essi, ovvero da quello dell'ottenuto decreto (art. 197, 201 cod. civ.), il minore legittimato cessa d'essere sotto la tutela per passare invece sotto la patria podestà del legittimante. Se avvenga poi la legittimazione d'un figlio non riconosciuto precedentemente dai genitori, egli esce dalla *tutela dativa*, a cui prima era necessariamente sottoposto (art. 248 cod. civ.) e diviene soggetto alla patria podestà.

292. Finisce la tutela rispetto al tutore o, a dire più esattamente, cessano le funzioni di lui:

1° per la morte del tutore stesso;

2° per cause d'incapacità sopravvenutegli (art. 268 cod. civ.);

3° per rimozione pronunciata a suo carico nei casi previsti dalla legge (art. 269, 270, § 2, cod. civ.);

4° per dispensa legittimamente ottenuta dalla continuazione nell'esercizio della tutela (art. 272, 273, 274, § 2, 276 cod. civ.);

5° per assenza del tutore, onde sia rimasta abbandonata la tutela (art. 266, § 2, cod. civ.).

In alcuni dei codici anteriori era scritta la massima che " la tutela è un peso personale, che non passa agli eredi " del tutore „ (art. 419 cod. Franc., 341 cod. Due Sicilie,

275 cod. Alb.), e, se ciò non venne ripetuto nel codice Italiano, fu certamente soltanto per la superfluità di esprimerlo, essendo troppo evidente che l'ufficio tutorio o sia conferito dai genitori per testamento, o per atto notarile, o sia attribuito per legge, o per deliberazione del consiglio di famiglia, è sempre dato in vista di qualità e condizioni personali che rendono essenzialmente tale anche l'ufficio medesimo e dimostrano l'assurdità di ritenerlo trasmissibile per successione come i diritti e le obbligazioni patrimoniali. Quei medesimi codici, nelle citate disposizioni, aggiungevano però che gli eredi del tutore, oltre a dover rispondere dell'amministrazione esercitata dal loro autore " quando " fossero in età maggiore, sarebbero tenuti a continuarla " finchè fosse deputato un nuovo tutore ", il che dava luogo a parecchie questioni variamente risolute dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Quale era il carattere di quell'amministrazione continuata dagli eredi del tutore? Doveva essa pure riguardarsi come una vera gestione tutelare? Oppure doveva considerarsi come dipendente da un mandato distinto, conferito dalla legge agli eredi all'infuori della tutela? Le norme della tutela circa le obbligazioni del tutore e circa l'ipoteca legale erano dunque applicabili, o non, a tale amministrazione? Potevano gli eredi liberarsi da codeste obbligazioni rinunciando alla successione? Quali erano, d'altra parte, i loro poteri? Si limitavano agli atti conservatorii ed agli amministrativi d'urgenza, o si estendevano quanto quelli del tutore?

Nessuna disposizione somigliante troviamo nel codice Italiano; e reputiamo quindi evitate tutte le accennate questioni, perchè, nel silenzio della legge, ci sembra impossibile ammettere la continuazione a carico degli eredi del tutore di obbligazioni che, per la natura loro, sono da riguardarsi come essenzialmente e strettamente personali. D'altro lato, a quell'interesse del minore, che, per equità, avea fatto imporre dalle surricordate legislazioni l'accennato obbligo agli eredi del tutore, il nostro codice ha provveduto

in modo diverso; stabilendo nell'art. 266, § 2, che, nei casi di *tutela vacante*, quale è appunto, tra altri, quello di morte del tutore, il protutore, obbligato a promuovere tosto la nomina d'un nuovo tutore, " rappresenti frattanto " il minore e possa fare tutti gli atti conservativi ed anche " gli amministrativi che non ammettano dilazione „. Le quali incombenze, affidate al protutore, non solo renderebbero superfluo l'imporre agli eredi del tutore defunto di continuare l'amministrazione finchè non fosse deputato un tutore nuovo, ma sarebbero anzi inconciliabili con tale idea.

Le cause d'incapacità all'esercizio tutorio, che siano sopravvenute a chi già lo aveva assunto, obbligandolo a cessarne, secondo la espressa disposizione dell'art. 268 del codice, sono quindi indubbiamente da annoverarsi tra quelle per le quali possono finire le funzioni del tutore. Non sarebbe altrettanto, come altrove avvertimmo, allorchè quelle medesime cause d'incapacità già preesistessero alla assunzione della tutela; perchè, quantunque non fosse allora men certo che l'esercizio abusivamente assunto dell'ufficio tutorio dovrebbe dismettersi, non potrebbe però più parlarsi in diritto di cessazione di funzioni, delle quali chi le esercitava non era nè poteva essere, per un'incapacità giuridica, legittimamente investito (1).

La *remozione* inflitta al tutore, o sia poi per una delle cause *necessarie* contemplate nell'art. 269, o per una di quelle *facoltative* risultanti dagli altri articoli 270, § 2, 265, § 2, 286, § 2, 288, 1984, § 1, cod. civ., è anch'essa evidentemente una delle cause per le quali le funzioni del tutore debbono cessare dal giorno in cui la relativa deliberazione del consiglio di famiglia sia stata pronunciata (2).

Vanno senza dubbio comprese nella categoria di cui ora ci occupiamo anche le cause per le quali taluno può

(1) V. sopra, n. 124, pag. 537.
(2) V. sopra, n. 138, pag. 622.

esimersi dal continuare nell'esercizio dell'ufficio di tutore; o siano poi tra quelle che fanno luogo alla esenzione per virtù della disposizione dell'art. 272; o tra quelle per le quali è necessario proporre al consiglio di famiglia la domanda di dispensa, alla quale però i chiedenti hanno diritto, secondo l'art. 273; o tra quelle intorno alle quali è facoltativo al consiglio stesso di deliberare accogliendo o rigettando la domanda del tutore per essere liberato dall'uffizio, a termini dell'art. 274, § 2, o dispensandolo per motivi d'interesse del minore, in seguito al consenso dal tutore stesso prestato a rassegnare la carica, giusta il disposto dell'art. 276.

Infine, se, *per l'assenza* del tutore, la tutela *rimanga abbandonata*, è caso pure di dover considerare come finite le funzioni di quel tutore; poichè l'art. 266, § 2, dispone espressamente che anche quando la tutela sia *abbandonata* spetti al protutore l'obbligo di *promuovere la nomina di un nuovo tutore*, di rappresentare frattanto il minore e fare gli atti conservativi e gli amministrativi che non ammettano dilazione. Questa disposizione del nostro art. 266 è tratta da quella dell'art. 424 cod. Franc., in cui parlavasi appunto di *tutela abbandonata per assenza;* e, nondimeno, secondo un'opinione autorevolissima, sostenevasi doversi in quella disposizione attribuire alla parola *assenza* il più largo senso, intendendovi compreso anche il caso in cui il tutore si fosse solamente *allontanato dal luogo in cui la tutela dev'essere esercitata* (1). Ma ci sembra, al contrario, che, sebbene la legge nostra parli di abbandono della tutela, senza specificarne la causa, questa non possa riferirsi che all'assenza del tutore intesa nel senso vero e proprio, della scomparsa di lui dal luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima residenza, senza che se ne abbiano notizie (art. 20 cod. civ.); sicchè v'abbia incertezza sulla vita e sulla morte del tutore stesso.

(1) V. Laurent, t. V, n. 113.

Se fuori di questo caso il tutore avesse volontariamente abbandonata la tutela che gl'incombeva, ciò potrebbe esser causa di rimuoverlo, secondo il disposto dell'art. 269, n. 3, e per tale rimozione cesserebbero allora le funzioni sue. Ma non pare ammissibile che questo solo fatto d'infrazione degli obblighi suoi basti a farlo considerare senz'altro come prosciolto dalle funzioni di cui era incaricato ed a fargli sostituire un nuovo tutore, ciò che equivarrebbe a concedergli un modo di dispensarsi arbitrariamente dall'ufficio impostogli in virtù della legge.

§ II. — *Degli effetti della cessazione della tutela.*

(*a*).

Effetti che la cessazione della tutela produce in ordine ai poteri, agli obblighi, ed alle incapacità del tutore.

Sommario. — 293. Principii generali in questo argomento. — 294. Se sia ammissibile la massima, che i rapporti di tutela continuino a sussistere fino al rendimento ed all'approvazione definitiva del conto. — 295. Quali effetti possano avere gli atti, che il tutore faccia a nome del minore nell'intervallo tra la cessazione della tutela e la consegna dei beni amministrati, in seguito all'approvazione definitiva del conto. — 296. Quali obbligazioni incombano al tutore che conservi di fatto l'amministrazione dei beni del minore dopo finita di diritto la tutela. — 297. A quali incapacità, nei suoi rapporti coll'amministrato, rimanga soggetto il tutore anche dopo finita la tutela.

293. Allorchè cessino le funzioni del tutore, sia poi per cause ad esso relative, di sopravvenuta incapacità, di remozione, di dispensa, di annullamento dell'atto con cui era stato nominato, o sia perchè abbia avuto fine lo stato medesimo di tutela, per la morte, la maggiore età e l'emancipazione del minore, estinguendosi con ciò il mandato che la legge conferiva al tutore stesso, debbono pure aver fine i poteri, gli obblighi e le incapacità che erano annessi a

tali funzioni. Le obbligazioni del tutore hanno per oggetto la cura e la rappresentanza della persona e l'amministrazione dei beni del minore; e quest'oggetto viene a mancare quando egli non è più in tale stato d'incapacità, o chi ne era tutore cessa d'essere investito di tale ufficio. I poteri attribuiti al tutore non sono che mezzi datigli dalla legge per poter adempiere le obbligazioni predette, in un'istituzione che è diretta unicamente alla protezione dell'incapace; epperò non possono sussistere quando lo scopo viene a mancare.

Delle incapacità stabilite a carico del tutore, per certi atti che egli avesse a fare in proprio nome verso l'amministrato, alcune dipendono dall'opposizione d'interessi che in quegli atti si verificherebbe fra tutore e minorenne, fra rappresentante e rappresentato; e, cessando il tutore di rappresentare il minorenne, o perchè questi sia uscito di tutela, o per cause relative al tutore medesimo, quelle incapacità non hanno pertanto più ragion d'essere.

Con tutto ciò, non può dirsi ancora cessata affatto ogni relazione giuridica fra il tutore e l'amministrato o chi lo rappresenta. Rimangono quelle derivanti dall'obbligo, che il tutore ha, di rendere il conto della propria gestione e di rimettere a chi spetta i beni amministrati.

E siccome questo non si può effettuare immediatamente al verificarsi del fatto che dà luogo a finire lo stato di tutela, od a cessare le funzioni del tutore, rimane quasi sempre un intervallo, durante cui il tutore continua a possedere ed amministrare i beni del tutelato. Ciò appunto dà luogo a gravissimi dubbi, intorno ai quali si sono manifestate tra gli scrittori francesi e nostri opinioni discordanti nel determinare quale sia veramente il carattere giuridico di questa specie di amministrazione provvisoria, che spesso si esercita ancora dai tutori per un tempo più o meno lungo dopo finita la tutela. Dev'essa qualificarsi come una continuazione dell'amministrazione tutelare, ritenendola quindi soggetta alle medesime norme, circondata dalle medesime

guarentie che la legge ha stabilite per la tutela? Ovvero deve considerarsi come un'amministrazione distinta, dipendente da mandato tacito, che abbia a reputarsi conferito al cessato tutore dall'amministrato divenuto maggiore, o da chi lo rappresenta, se è ancora minore in età, o dipendente da semplice gestione di negozi? È un quesito per la cui soluzione furono proposte, come accennammo, da vari autori teorie contradditorie, alcune delle quali non scevre da complicazioni; e nei numeri seguenti cureremo di riferirne quelle parti che ci sembrano essenziali. Frattanto ci limiteremo qui ad accennare i punti che riteniamo fondamentali.

Stando ai soli principii generali e incontestabili, che abbiamo sopra ricordati, non sembrerebbe doversi incontrare molta difficoltà a stabilire che l'amministrazione, della quale il tutore continui di fatto l'esercizio dopo finita la tutela, non potesse riguardarsi come facente parte della tutela stessa, regolata dalle medesime norme, protetta in favore del minore colle medesime guarentie. Finite, per qualunque causa legale, le funzioni del tutore, dovrebbero conseguentemente ritenersene anche cessati di pien diritto i poteri e le obbligazioni in ordine alla tutela. Se il patrimonio del tutelato continua di fatto ad essere amministrato dal cessato tutore, ciò non parrebbe concepibile che sotto un titolo diverso; o di mandato convenzionale, se non espresso, almeno tacito, o se non altro di semplice gestione d'affari; ma in ogni caso regolato, non dalle norme particolari della tutela, ma dalle generali appunto del contratto di mandato, o del quasi-contratto di gestione di negozi. Considerare come esercizio di tutela ciò che si opera dopo che la tutela è finita, non si direbbe possibile se non per una finzione di diritto: e questa abbisognerebbe di un testo di legge che la dichiarasse, nè potrebbe mai essere stabilita per interpretazione. D'altra parte codesta finzione porterebbe all'assurdo ed alla contraddizione completa con l'ordinamento stesso della tutela; perciocchè in esso le

funzioni del tutore sono subordinate nel loro esercizio ad una vigilanza e direzione superiore, esercitata dal consiglio di famiglia, di cui è necessaria l'autorizzazione, e talora inoltre l'omologazione del tribunale per gli atti più gravi ed importanti; mentre, cessato che sia lo stato tutelare, non vi essendo più il consiglio di famiglia, che è costituito soltanto *per tutto il tempo della tutela* (art. 249 cod. civ.), se potesse continuare ancora l'esercizio di una vera amministrazione tutelare, ciò avverrebbe indipendentemente da quelle formalità abilitanti limitative dei poteri del tutore, che la legge ha prescritte come indispensabili (1).

Non può negarsi la gravità di queste considerazioni, alle quali però se ne oppongono in senso contrario altre, importanti pur esse.

Il codice Francese offriva un argomento speciale colla disposizione dell'art. 419, nella quale era stabilito: che, avvenendo la morte del tutore, gli eredi di lui, purchè maggiori di età, *fosser tenuti a continuare l'amministrazione finchè fosse deputato un nuovo tutore*. Donde qualche autore deduceva che, a maggior ragione, il tutore stesso, quando per qualche causa relativa a lui fossero cessate le sue funzioni, o quando fosse finito lo stato medesimo di tutela, dovesse continuare nell'amministrazione finchè fosse nominato un nuovo tutore, o il minore medesimo uscito di tutela, o i suoi eredi fossero posti in grado d'intraprendere l'amministrazione stessa (2).

Ma, oltrechè ciò non serviva veramente a risolvere la questione attuale — rimanendo sempre a stabilirsi se l'amministrazione continuata dagli eredi del tutore fosse propriamente a titolo di tutela, sicchè dovessero applicarlesi le regole di questa, o piuttosto avessero a seguirsi quelle del mandato ordinario — per noi quell'argomento non può aver più valore alcuno, stantechè, come osservammo, non

(1) V. Laurent, t. V, n. 116-119.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 13.

abbiamo una disposizione simile, anzi abbiam quella dell'art. 266, che, pei casi di tutela vacante o abbandonata, provvede in tutt'altro modo all'interesse del minore, obbligando il protutore a promuovere la nomina di un nuovo tutore, e frattanto rappresentare il minore e fare gli atti conservatorii e gli amministrativi d'urgenza (1).

Per altro, e indipendentemente dal predetto argomento, non ne mancano, come enunciammo, altri in appoggio dell'opinione che l'amministrazione del patrimonio del tutelato, conservata di fatto dal tutore o dai suoi eredi dopo cessate le funzioni del tutore stesso, debba riguardarsi come una continuazione della gestione tutelare, soggetta quindi alle medesime norme e guarentita del pari dall'ipoteca legale, o da quell'altro mezzo di cauzione che il tutore abbia preferito di dare.

Sebbene quella specie di amministrazione transitoria si eserciti dopo finite le funzioni vere e proprie del tutore, e cessati perciò i poteri e gli obblighi di lui come tale, ciò però non implica assolutamente ch'essa non possa caratterizzarsi altrimenti che sotto l'aspetto d'un mandato convenzionale, o d'una gestione d'affari. Essa si connette veramente all'amministrazione stessa della tutela, di cui costituisce una dipendenza, e in certo modo il complemento: imperocchè ad esaurire i rapporti derivanti dalla tutela fra amministratore ed amministrato non basta che sia finito giuridicamente lo stato tutelare, o siano cessate le funzioni protettrici del tutore, ma bisogna che questi abbia reso il conto della sua gestione e restituiti i beni pupillari. È dunque tutt'altro che illogico il considerare come soggetta alle norme ed alle guarentie della tutela un'amministrazione che, se di tutela veramente e strettamente non è, ne dipende però e la completa. Nè vi è bisogno perciò di creare una finzione giuridica per quello che è una realtà. « Chè anzi non si comprenderebbe come il solo fatto della

(1) V. sopra, n. 292, pag. 1418.

" maggiorità del pupillo, o la cessazione per qualunque " causa delle funzioni normali del tutore, indipendente- " mente dalla restituzione dei beni pupillari e dal rendi- " mento del conto, potesse operare interversione della qua- " lità in cui il tutore ha fin allora amministrato, e far " cessare di pien diritto le obbligazioni che in tale qualità " stavano a suo carico. D'altro lato, il tutore che volonta- " riamente continua la gestione tutelare, deve subire le con- " seguenze della posizione che con ciò egli medesimo si è " creata „ (1). L'obbiezione tratta dalla mancanza del consiglio di famiglia dopo finito il tempo della tutela, non avrebbe valore fuorchè pel caso in cui la tutela fosse cessata, non *ex parte tutoris*, ma *ex parte pupilli;* e tutt'al più potrebbe condurre a questa sola conseguenza, che, cessato assolutamente lo stato di tutela, il tutore che conservasse di fatto l'amministrazione nell'intervallo fino all'approvazione del conto ed alla restituzione dei beni, non potesse fare altri atti che quelli i quali, secondo le regole della tutela, sarebbero nelle libere sue attribuzioni, senza bisogno di autorizzazione del consiglio.

Come si vede, le ragioni addotte son gravi per l'una parte e per l'altra. Ond'è nata un'opinione intermedia che, scostandosi da amendue i surriferiti sistemi, cercherebbe temperamenti in varie distinzioni, alle quali avremo occasione di accennare nel seguito di questa trattazione (2).

294. Prima però di esaminare il valore delle suaccennate teorie, studiandole nelle loro speciali applicazioni ai poteri ed alle obbligazioni dei tutori ed alle incapacità ad essi imposte nelle loro relazioni cogli amministrati, dobbiamo fare qualche cenno ancora d'un altro punto, che, stabilito in alcune delle legislazioni anteriori al codice Italiano, sebbene respinto concordemente dagli interpreti del

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 120, 2, n. 3.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 17-34.

codice Francese, è stato ritenuto adottabile da alcuni valentissimi scrittori nostri.

Il codice Austriaco disponeva: che, terminata la tutela, dovesse il tutore, entro due mesi al più tardi, presentare al giudice i conti finali, e, ottenutone documento di liquidazione e liberazione, consegnare contro quitanza al minorenne divenuto maggiore di età, od al nuovo tutore, il patrimonio, facendo constare della consegna negli atti del tribunale (§§ 262 e 263): che, ciò non ostante, di regola, *il tutore non potesse abbandonare la tutela, se non alla fine dell'anno tutorio, dopo che il suo successore avesse formalmente intrapresa l'amministrazione delle sostanze* (§ 261).

La legge Toscana sulla tutela stabiliva che:

" Il tutore, anche quando fosse legittimamente finita la " tutela, *non potesse abbandonare l'amministrazione se prima* " *non avesse reso esatto conto della medesima con l'approva-* " *zione del giudice...* „ (art. 58).

Il codice Parmense (art. 271), e l'Estense (art. 304) dichiaravano che:

" Finita la tutela, *non resta perciò disobbligato il tutore se* " *non dopo aver renduto il conto definitivo ed aver posto o* " *l'amministrato uscito di tutela, o il tutore che succede in* " *istato d'intraprendere l'amministrazione* „.

Così queste legislazioni tenevano conto del periodo di transizione, tra la cessazione giuridica della tutela ed il passaggio effettivo dell'amministrazione al tutelato od al nuovo suo rappresentante, dopo l'approvazione definitiva del rendiconto, obbligando espressamente il cessato tutore a continuare anche durante quel periodo l'amministrazione patrimoniale, la quale perciò era pure tenuta da lui nella medesima qualità, sotto le regole e colle guarentie stesse della tutela. Era questa una massima ritenuta anche dall'antico diritto francese, secondo cui il pupillo, benchè divenuto maggiore, era sempre considerato come ancora minorenne, quanto ai rapporti suoi col tutore, finchè questi non avesse reso e fatto approvare il conto e soddisfatto il

reliquato. Ma in Francia la dottrina e la giurisprudenza moderna furono concordi nel respingere una tale teoria, siccome fondata sopra una finzione di diritto inammissibile in mancanza di un testo del codice che la stabilisse (1). In un caso in cui il cessato tutore non avea conservata l'amministrazione dei beni pupillari, ma disputavasi s'egli fosse tenuto verso l'amministrato uscito di tutela agl'interessi delle somme di cui risultava debitore, il Troplong, allora avvocato generale, avea voluto far adottare la massima che fino al rendimento ed all'approvazione del conto il pupillo divenuto maggiorenne dovesse, rimpetto al suo cessato tutore, considerarsi come tuttora minore di età; trovandosi egli veramente in identiche condizioni, fino a quando il tutore non l'abbia posto in istato di conoscere ciò che costituisce il suo patrimonio, e di assumerne il governo. Ma la decisione della Corte di Nancy fu contraria alle conclusioni dell'avvocato generale.

Sotto il codice nostro è opinione di spettabili giureconsulti che, “ finchè o dal tutore, o nei congrui casi dai “ suoi eredi, non sia reso e finchè nei modi legali non sia “ stato definitivamente approvato il conto della tutela, non “ debbano in danno del pupillo, anco fatto maggiore, scemare quelle sicurezze, nè venir meno quei benefizi che la “ legge gli concede, comunque si tratti d'un periodo d'am- “ ministrazione esercitata dal tutore, quando già questo “ ufficio era in lui cessato „ (2).

Altri professa, in contrario, che, tanto nel caso in cui sia finito lo stato di tutela, quanto in quello che il solo tutore abbia cessato di diritto dalle sue funzioni, ma di fatto abbia continuato ad amministrare, non possa il tutore stesso esser tenuto mai coll'azione di tutela, ma unicamente con l'azione derivante dalla gestione degli altrui negozi (3).

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 25, 26; Aubry et Rau, t. I, § 120, n. 2; Laurent, t. V, n. 117.

(2) Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 291; Paoli, *La tutela*, n. 178, pag. 112.

(3) Ricci, vol. I, n. 651, pag. 582.

Altri, in fine, distingue se la tutela sia finita *ex parte tutoris* o *ex parte pupilli;* ammettendo nel primo caso che il tutore il quale abbia, ciò non ostante, continuata di fatto l'amministrazione, debba ritenersi aver continuato anche in diritto l'esercizio della tutela fino al rendimento dei conti; e nel secondo caso che debba considerarsi esercitata una semplice gestione di affari (1).

Osserviamo che i primi opinanti partono veramente da un'ipotesi particolare; che, cioè, *un tutore, anche dopo la cessazione del suo ufficio, continui volontariamente ad amministrare;* ma nel risolverla pronunciano poi una massima generale, vale a dire che fino al rendimento ed all'approvazione definitiva del conto della tutela continuino a favore dell'amministrato verso il cessato tutore tutti i diritti e le guarentie che la legge gli concedeva in dipendenza della tutela stessa. Sarebbe in sostanza, se non erriamo, la regola surriferita delle vecchie leggi Toscana, Parmense ed Estense, che si farebbe rivivere sotto il codice attuale; il che avrebbe questa conseguenza gravissima, che il cessato tutore, non solo sarebbe tenuto a rispondere sotto le norme e colle guarentie proprie della tutela, di quell'amministrazione che di fatto avesse volontariamente continuato, ma sarebbe tenuto per diritto ad esercitarla, talchè sarebbe responsabile, secondo le medesime norme e colle medesime guarentie, anche dell'ommissione.

Ora, noi non intendiamo discutere attualmente se, e fino a qual punto, e sotto quali distinzioni e limitazioni possano estendersi le regole della tutela e gli effetti della ipoteca legale, od altra cauzione data dal tutore, all'amministrazione, che questi abbia conservata ed esercitata di fatto nell'intervallo tra la cessazione di diritto delle funzioni sue e il rendimento e l'approvazione del conto. È questione che riserbiamo ad uno dei numeri successivi. Questo solo vogliamo qui stabilire: che la massima proclamata

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. I, n. 634.

in alcune delle legislazioni precedenti, che, cioè, anche dopo finita legittimamente la tutela il tutore rimanga come tale obbligato all'amministrazione, finchè, reso il conto e riconsegnati i beni, abbia posto l'amministrato o il nuovo tutore in istato d'intraprenderla, non può ritenersi fondata nei principii generali di diritto, dai quali soltanto nel silenzio della legge positiva nostra sarebbe lecito indurla. E la dimostrazione ci sembra assai facile. Dal momento in cui per una delle cause determinate dalla legge finisce lo stato stesso di tutela, od anche solo l'ufficio del tutore, non può essere ammissibile pel tempo posteriore la sopravvivenza dei rapporti che sarebbero conseguenze di quello stato, di quell'ufficio. Se lo stato tutelare è assolutamente cessato, l'amministrato uscito di tutela, od i suoi eredi, sono persone che godono, per tutti gli atti della vita civile, d'una piena capacità; alla quale ripugnerebbe l'idea che rimanessero soggette, per sè o per l'amministrazione dei loro beni, all'autorità altrui. Se sono cessate le sole funzioni del tutore, la legge ha provveduto col sostituirgli di pien diritto e senza alcuna interruzione, per la rappresentanza del minorenne e per l'amministrazione del patrimonio, il protutore (art. 266 cod. civ.); e con ciò pure è inconciliabile la permanenza del diritto e degli obblighi dell'amministrazione medesima presso il cessato tutore finchè non abbia reso e fatto approvare il conto. Potrà darsi che l'amministrato uscito di tutela o il protutore trovino opportuno di conferire o lasciare al tutore cessante l'incarico di qualche affare, od anche dell'amministrazione generale per qualche tempo; ed allora saremo nei termini d'un mandato o espresso, o tacito, del quale saranno applicabili le regole. Potrà darsi ancora che, indipendentemente da qualsiasi mandato, il tutore cessante abbia a compiere qualche atto già in corso della sua amministrazione precedente, o trovandosi tuttora in possesso dei beni dell'amministrato abbia a prendere intorno ad essi provvedimenti conservativi od urgenti, od

eziandio che continui di fatto l'intera amministrazione, non ostante che l'ufficio suo, di diritto, sia finito; ed allorà sarà disputabile se nei primi due casi abbia obbligo di agire, non altrimenti che se fosse ancora tutore, e se nel terzo caso all'amministrazione da lui volontariamente conservata si comunichino le regole e le guarentie proprie della tutela, riguardando quella come continuazione e complemento di questa. È sotto tale aspetto che pensiamo doversi considerare la questione, della quale tratteremo più innanzi. Ma ciò che reputiamo doversi assolutamente escludere è che, secondo il nostro codice, la tutela abbia a ritenersi per principio generale come continuata per tutti i rapporti fra tutore e amministrato, con tutte le sue regole e sotto le sue guarentie reali, fino a che non sia reso ed approvato definitivamente il conto della tutela stessa, e non siano riconsegnati i beni all'amministrato medesimo od al tutore che succede. Una tal massima non potrebbe accogliersi, se non per una finzione di diritto, mediante la quale si reputasse come tuttora sussistente quell'ufficio tutorio, che in realtà è finito. Ora, una finzione giuridica non può sussistere senza una legge positiva che la stabilisca. Altre legislazioni l'ammettevano; e poterono trovarne motivi giustificanti nella posizione dell'amministrato uscito di tutela, che, non ancora edotto della consistenza del suo patrimonio, non si trova in grado di esercitare utilmente la capacità nuovamente acquistata, e merita che la legge gli continui transitoriamente la stessa protezione di quando era minore. Ma il codice Italiano non avendo stabilita una finzione giuridica simile, non può supplirvi l'interprete.

295. Il primo dei punti speciali a cui ci proponiamo ora di volgere le nostre ricerche, riguarda i poteri che possano essere ancora esercitati efficacemente dal tutore cessante; e conseguentemente gli effetti possibili degli atti ch'egli compia a nome del minore nell'intervallo tra la

cessazione dello stato di tutela, o delle funzioni proprie, e l'approvazione del rendiconto finale.

Intorno a ciò, è esclusa perfino la possibilità d'un dubbio qualsiasi in ordine ai poteri del tutore sulla persona del minore, e pel caso che sia cessato assolutamente lo stato stesso di tutela. Se il tutelato non esiste più, od è uscito di tutela, come sarebbe concepibile la persistenza dei poteri tutorii? Ma per l'altra ipotesi, ch'egli sia tuttora in età minorile, e solo siano cessate le funzioni del tutore, contro l'opinione comune che quest'ultimo non possa esercitare potere alcuno rispetto al minore non più soggetto all'autorità sua (1) è stato insegnato da qualche autore, che veramente il tutore cessante ed i suoi eredi debbono di regola astenersi da qualunque provvedimento relativo alla persona del minore, ma tuttavia in casi d'urgenza possono agire, ricorrendo al consiglio di famiglia ed all'autorità giudiziaria per ottenere le deliberazioni e le ordinanze opportune (2). Noi però possiamo prescindere dall'esaminare se codesta opinione fosse accettabile secondo il codice Francese; giacchè il codice nostro contiene una disposizione che toglie ogni occasione alla disputa. Essendo stabilito nell'art. 266, che in caso di tutela vacante subentri immediatamente e temporaneamente il protutore nell'ufficio di provvedere alla persona del minore ed agli atti di amministrazione conservativi ed urgenti dei di lui beni, non vi è dubbio che il tutore cessante, e tanto meno poi gli eredi di lui, non possono avere alcuna ingerenza nei provvedimenti relativi alla persona del minore; i quali saranno presi a cura del protutore, salvo l'adempimento delle formalità abilitanti, che secondo i casi siano necessarie a norma di legge.

Può solo dar luogo a non lievi difficoltà ciò che concerne l'amministrazione patrimoniale.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 120, n. 1; Laurent, t. V, n. 116.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 20.

Intorno ad essa si manifestarono due teorie assai dispa-rate, l'una delle quali distingue i rapporti fra il tutore cessante e l'amministrato od i suoi eredi, da quelli del-l'amministrato stesso coi terzi in dipendenza di atti compiuti dal tutore cessante; ritenendo quanto ai primi, che le facoltà del tutore predetto si restringano agli *atti conservativi e di urgenza;* e quanto ai secondi osservando che nessuna disposizione testuale conferisce, nè espressamente nega al tutore cessante il potere di fare in nome del già suo tutelato contratti od atti obbligatorii per lui, e deducendone che tutto debba dipendere dall'essere stati o no quegli atti o contratti, al tempo in cui furono compiuti, utili a colui nel cui nome venivano fatti, salvo il ricorrere per maggior prudenza all'autorità giudiziaria riportandone l'autorizzazione (1).

Un'altra teoria stabilisce che " i poteri del tutore ces-" sando di pien diritto dal momento in cui le sue funzioni " siano legittimamente finite per una causa qualunque, " gli atti compiuti dal tutore cessato non possono quindi " esseri opposti al già suo amministrato, se non entro i " limiti delle regole sulla *negotiorum gestio* „. Tuttavia ammette una limitazione a questa regola " pel caso in cui " le funzioni del tutore siano cessate per una causa che " abbia potuto restare ignorata dal pubblico „ (2).

Se mal non vediamo, la prima di queste opinioni parte da un punto di vista non del tutto esatto, per arrivare a conclusioni incerte e non perfettamente coerenti. Il quesito propostosi dallo stesso autore che la professa, consiste nel determinare quali poteri siano esercibili dal tutore cessato, nell'amministrazione dei beni di cui conservi tuttora il possesso. Or ciò si riferisce necessariamente all'efficacia degli atti o contratti avvenuti per tale amministrazione, in quanto possano o no vincolare l'amministrato, in cui

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 18, 19.
(2) Aubry et Rau, t. I, § 120, n. 2.

nome furono fatti, rimpetto alle altre parti contraenti, o verso le quali l'ex-tutore abbia agito. Ci sembra dunque inopportuno l'invocare qui la distinzione dei rapporti tra il tutore e l'amministrato, da quelli tra l'amministrato ed i terzi. Nel primo di questi ordini di rapporti la questione non verte veramente circa i *poteri che possano essere inerenti all'amministrazione esercitata dal tutore dopo cessate le sue funzioni*, ma circa i diritti e le obbligazioni rispettive tra lui e l'amministrato, le quali debbano o no regolarsi colle norme proprie della tutela; e questo è un argomento ben diverso, di cui ci occuperemo a parte nel numero seguente. Se poi si ritenga che i poteri del tutore cessante debbano essere limitati ai soli atti *conservativi o d'urgenza*, com'è possibile ammettere che altri atti di lui ancora possano vincolare l'amministrato verso i terzi? D'altra parte il conchiudere che *tutto debba dipendere dall'utilità dell'atto compiuto dall'amministratore*, è quanto riferirsi semplicemente ai principii della gestione d'affari (art. 1144 codice civile). Ed allora come si può poi parlare di *autorizzazione da chiedersi all'autorità giudiziaria?* Ciò suppone applicabili le regole della tutela, nè si accorda pertanto col concetto della gestione di negozi.

Colla seconda delle surriferite opinioni ci accorderemmo perfettamente, se si trattasse soltanto di definire la posizione giuridica del tutore al momento in cui cessano le sue funzioni. Qualunque ne sia la causa, dacchè son finite tali funzioni, a cui erano inerenti i poteri conferiti dalla legge al tutore come tale, questi pure debbono di pien diritto estinguersi. Ma ci troviamo in presenza di un fatto particolare, supponendo il quale appunto si dubita se possa risultarne modificata l'applicazione di quel principio: del fatto, cioè, che l'amministrazione sia stata realmente continuata dal tutore nell'intervallo tra la cessazione delle sue funzioni e il rendimento del conto definitivo. E si domanda, se e quali degli atti di quest'amministrazione possano avere efficacia obbligatoria per l'amministrato

rimpetto ai terzi verso cui siano fatti, come se fossero atti di quella tutela, di cui l'amministrazione predetta è di fatto una continuazione.

Considerata la questione sotto questo aspetto, reputiamo innanzi tutto imprescindibile di ricorrere alla distinzione tra i casi in cui la tutela sia finita *ex parte pupilli*, o solamente *ex parte tutoris*. Perciocchè in quest'ultima ipotesi l'amministrazione continuata dal tutore, le cui sole funzioni siano cessate, potrà essere considerata come esercizio di una tutela di fatto (1), e ciò darà maggior fondamento a ritenere efficaci per l'amministrato rimpetto ai terzi gli atti relativi compiuti dal cessato tutore; mentre quando sia finito lo stato stesso di tutela essendo impossibile figurare l'esercizio dell'ufficio tutorio sovra chi non è più tutelato, diviene più difficile ammettere quella efficacia di atti che almeno non è giustificabile sotto l'aspetto di una *tutela di fatto* (2).

Ciò premesso, assumiamo dunque prima l'ipotesi della cessazione assoluta dello stato di tutela, lasciando da parte il caso in cui l'amministrazione sia continuata dal tutore per un mandato, o espresso o tacito, dell'amministrato uscito di tutela, o degli eredi di lui; perchè allora sarebbero appunto i principii regolatori del mandato, che dovrebbero applicarsi. Ma quantunque nella detta ipotesi sia impossibile, come ora abbiamo avvertito, il parlare di una vera continuazione d'esercizio dell'ufficio tutorio, non crediamo però ammissibile la massima assoluta che della efficacia degli atti fatti da chi era tutore abbia sempre a giudicarsi colla semplice applicazione delle regole relative alla gestione d'affari. Già lo notammo: questa specie di amministrazione transitoria, quantunque non sia e non possa essere di vera e propria tutela, ad essa però si connette, e può relativamente a certi atti esserne considerata

(1) V. sopra, n. 20, pag. 59 e segg.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 24 e 25.

come una dipendenza e un complemento; dal che, pertanto, è giustificabile che del valore di tali atti si giudichi con l'applicazione delle norme stesse della tutela. Così sarà qualora si tratti di atti necessari a compimento di affari già in corso prima che finisse la tutela, della quale debbano considerarsi come una continuazione e una dipendenza; per esempio, di celebrare l'atto formale di una convenzione validamente stipulata durante la tutela, di dare esecuzione alle relative obbligazioni, e simili. Codesti atti vincoleranno l'amministrato, siccome procedenti legittimamente dal suo tutore, sebbene siano stati fatti dopo finita la tutela, perchè veramente procedono da essa, e della relativa amministrazione formano parte complementare (1).

Così crederemmo doversi ritenere parimente per quegli atti, che, sebbene nuovi e indipendenti dalla precedente gestione tutelare, avessero carattere conservativo o d'urgenza. Per esempio, i contratti fatti dal cessato tutore per provvedere a riparazioni indispensabili, e non ammettenti dilazione, dei beni dei quali avesse tuttora il possesso, vincolerebbero l'amministrato come atto legittimamente compiuto a titolo di tutela. Non può disconoscersi, infatti, che a codesto titolo rimane pur sempre subordinato il possesso, conservato dal tutore, dei beni dell'amministrato, giacchè del titolo stesso si suppone che non sia avvenuta interversione per effetto di mandato convenzionale espresso o tacito, nè d'altra parte può ritenersene prodotta una interversione qualsiasi per la sola cessazione dello stato di tutela (art. 687, § 2, codice civile).

Ora per ciò solo che possiede come tutore, egli ha non solo la facoltà, ma l'obbligazione per legge di provvedere alla conservazione dei beni, ed a tutti quegli atti che ommessi o ritardati cagionerebbero detrimento della sostanza posseduta. L'efficacia di quegli atti rimpetto all'amministrato non par dunque che possa negarsi.

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 25, 27, 28.

Ma per altri atti, la cui obbligatorietà per l'amministrato, non potendo fondarsi nè sopra un mandato convenzionale espresso o tacito, nè sopra un'utile gestione d'affari, avesse a dipendere da legittimo esercizio dei poteri tutorii, la loro efficacia non potrebbe ammettersi allorchè quegli atti, nuovi e indipendenti dalla precedente gestione, non conservativi, nè urgenti, fossero stati fatti dopo cessato assolutamente lo stato di tutela. Nè allora sarebbero essi da considerarsi soltanto come annullabili, ma come affatto inesistenti in diritto, per completa mancanza di mandato sì convenzionale che legale in chi li avrebbe compiuti a nome dell'amministrato uscito di tutela o degli eredi.

Venendo ora all'altra ipotesi, che rimanendo in istato di tutela il minore, siano soltanto cessate giuridicamente le funzioni del tutore, il quale tuttavia abbia continuato di fatto ad amministrare; mettiamo anche qui da banda il caso in cui ciò sia avvenuto per mandato espresso o tacito del protutore, che durante la vacanza della tutela è il rappresentante legittimo del minorenne secondo l'articolo 266. In tale ipotesi l'azione diretta della tutela sarebbe esercibile pel minore contro il protutore; e verso quest'ultimo, come a suo mandante, dovrebbe poi rispondere il tutore cessante, i cui poteri, circa l'amministrazione da lui conservata, dovrebbero anche stabilirsi colle regole ed entro i limiti del mandato stesso conferitogli. Ma supposta invece la mancanza d'un mandato, tanto espresso quanto tacito, e disputandosi se nell'amministrazione conservata di fatto dal tutore divenuto incapace, o rimosso, o dispensato, debbano reputarsi appartenenti a lui gli stessi poteri della tutela, di guisa che gli atti che egli faccia in nome del minore abbiano per questo efficacia obbligatoria, non altrimenti che se ne fosse ancora tutore, crediamo che ciò debba, prima di tutto, ammettersi per quegli atti che siano una continuazione, una dipendenza, un complemento dell'esercizio della tutela, nonchè per gli atti meramente conservativi od urgenti. Le ragioni che adducemmo a tale

proposito, in relazione al caso di cessazione assoluta dello stato di tutela, ci sembrano tanto più decisive per l'atto di cessazione delle sole funzioni del tutore. Perdurando pel minorenne lo stato della tutela, la quale viene esercitata di fatto dal tutore stesso che di diritto ha perduto l'ufficio suo, vi è in ciò un motivo di più per ritenere che gli atti di tale esercizio, che è d'interesse del tutelato il non discontinuare, debbano essere per lui efficaci, qualora siano necessari, come quelli sopra ricordati; i quali perciò appunto sono anche dall'articolo 266 posti, in caso di tutela vacante, fra le attribuzioni del protutore, a cui si sostituisce di fatto nell'ipotesi nostra il tutore cessante.

Per gli altri atti, indipendenti dalla gestione anteriore, non conservativi, nè urgenti, poichè il tutore decaduto li compirebbe veramente senza alcun mandato, nè convenzionale, nè legale, dovrebbero essi considerarsi per regola generale come improduttivi di effetto in riguardo al minore, salvo il poterli sostenere sotto l'aspetto d'un'utile gestione di negozi. Tuttavia dovrebbe farsi eccezione in favore dei terzi contraenti di buona fede, qualora essi potessero allegare l'*error comune* circa la qualità, da essi pure creduta legittima, del tutore (1).

296. Gli effetti dell'amministrazione, della quale chi fu tutore continui di fatto l'esercizio dopo finite giuridicamente le proprie funzioni, od anche cessato assolutamente lo stato di tutela, furono fin qui esaminati in relazione ai poteri esercibili in tale amministrazione dal tutore cessante; ossia in ordine all'efficacia che gli atti da lui compiuti possano avere pel minore, in cui nome son fatti, rimpetto ai terzi. Ora dobbiamo occuparci dell'altro aspetto, concernente i rapporti di diritti ed obbligazioni, che da tale amministrazione transitoria possono derivare tra il tutore cessato che la esercita e l'amministrato. Anche

(1) V. sopra, n. 20, pag. 62, 63.

questa è questione assai controversa; e gli autori francesi la trattarono specialmente in ordine all'essere, o no, applicabili anche al tutore cessante, che continui ad amministrare, le disposizioni degli art. 455 e 456 di quel codice, concernenti le obbligazioni relative all'impiego degli avanzi dei redditi, e la conseguente responsabilità degli interessi, ed in ordine ancora all'essere, o no, estensibile l'ipoteca legale di tutela alla guarentia per gli atti d'amministrazione posteriori alla tutela stessa.

Vi sono intorno a ciò, l'una contro l'altra, due opinioni assolute: l'una, che fra il tutore cessante e l'amministrato uscito di tutela, o che debba passare sotto la tutela d'un altro, non ritiene ammissibili altri rapporti, relativamente all'amministrazione che il tutore cessante stesso continui ad esercitare, fuorchè quelli di *mandato* o di *gestione di affari*.

" Poichè non vi è più tutore, si dice, non possono " esservi diritti ed obbligazioni derivanti dalla tutela..... " quindi neppure interessi dovuti di pien diritto in qualità " di tutore, nè ipoteca legale „ (1).

L'altra opinione, all'opposto, sebbene ammetta in principio che " le obbligazioni imposte dalla legge al tutore " finiscono di pien diritto colle funzioni sue „ sostiene tuttavia " che qualora il tutore cessante, non avendo " ancora reso il conto, abbia conservata di fatto l'ammi" nistrazione del patrimonio pupillare, *rimane soggetto* " *verso l'amministrato a tutte le obbligazioni derivanti dalla* " *tutela* „ epperò gli sono applicabili anche le disposizioni degli articoli 455 e 456 del codice Napoleone, e l'ipoteca legale per la tutela si estende pure all'amministrazione così continuata, eccettochè dal complesso delle circostanze risulti che in seguito ad un accordo siasi operata una interversione di qualità nella persona del tutore, talchè

(1) V. Laurent, t. V, n. 116 e segg.

egli abbia continuato ad amministrare come mandatario ordinario i beni del suo tutelato di prima (1).

Fra queste opinioni estreme se n'è interposta una terza, la quale ha cercato temperamenti per togliere ciò che apparisce di troppo assoluto nelle altre; perchè, veramente, se da un lato è difficile indursi ad ammettere la continuazione di tutti i rapporti e delle guarentie della tutela, anche dopo che questa è assolutamente estinta, od almeno il tutore non è più investito legalmente delle sue funzioni, ripugna anche dall'altro il ritenere che sebbene il cessato tutore continui di fatto la sua amministrazione, la quale durante un certo periodo transitorio è subita dal tutelato come una necessità conseguente dalla tutela anteriore, pure le regole, le obbligazioni e le guarentie di questa siano totalmente estranee alla predetta amministrazione successiva alla tutela e da essa dipendente.

Quest'ultimo sistema di conciliazione distingue pertanto le obbligazioni tutelari, tra cui quella per gl'interessi degli avanzi di rendite o dei capitali non impiegati, dalle guarentie e specialmente dall'ipoteca legale a favore del tutelato. Per le prime suddistingue tra la cessazione dello stato stesso di tutela, e quella delle sole funzioni del tutore; ritenendo che allorchè la tutela finisce *ex parte tutoris* l'amministrazione conservata dal tutore cessante o dai suoi eredi fino al rendimento del conto sia ancora da considerarsi come gestione tutelare, soggetta alle medesime norme, colle stesse obbligazioni dell'amministratore, coll'applicazione quindi anche degli articoli 455 e 456; ma quando invece la tutela sia finita *ex parte pupilli*, la gestione non possa più considerarsi come tutelare, salvochè per quegli atti i quali siano conseguenze dell'amministrazione stessa della tutela, ne dipendano e vi siano necessariamente connessi.

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 120, n. 2.

Quanto alle guarentie, e in ispecie all'ipoteca legale, le dice applicabili anche all'amministrazione posteriore alla cessazione della tutela, rispetto agli atti a questa connessi e che ne siano conseguenze e dipendenze, ma non per gli atti nuovi e indipendenti dalla gestione anteriore, sebbene la tutela abbia avuto fine *ex parte tutoris* soltanto (1).

Può far meraviglia, veramente, che nel caso di cessazione della tutela *ex parte tutoris*, mentre si ritengono applicabili all'amministrazione posteriore tutte le regole della tutela quanto alle obbligazioni del tutore, si limitino invece le guarentie tutelari ad alcuni soltanto degli atti di detta amministrazione. Se questa è veramente da considerarsi come una gestione tutoria, se a tutti gli atti di essa debbono applicarsi le regole proprie della tutela, se le sono comuni le obbligazioni tutte che al tutore ordinariamente incombono, sembra anche ovvio che le guarentie di queste obbligazioni, di questi atti a favore del tutelato debbano essere le stesse che la legge gli ha concedute per cauzione della gestione tutelare. È stato necessario l'alto ingegno del Demolombe per dare un'apparenza di fondamento all'assunto contrario, che gli fu giustamente osservato ridursi in ultimo a sostenere che codesta amministrazione, continuata dal tutore dopo essere stato rimosso, sia e non sia ad un tempo una gestione tutelare (2).

Pel resto, pare anche a noi non potersi prescindere dalla distinzione tra i casi che la tutela sia cessata *ex parte pupilli* o *ex parte tutoris*. Nella prima ipotesi, poichè, come crediamo d'aver dimostrato nel numero precedente, l'ex-tutore, che continuasse ad amministrare, dovrebbe considerarsi come agente ancora in qualità di tutore per esaurire completamente l'esercizio dell'ufficio suo quanto agli atti conseguenti e complementari dell'amministrazione ante-

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 23, 25, 27, 34.
(2) V. Laurent, t. V, n. 119, pag. 133.

riore, non che per quelli anche nuovi, ma meramente conservativi od urgenti; reputeremmo perciò che le obbligazioni e la responsabilità dell'amministratore relativamente a codesti atti dovessero regolarsi colle stesse norme della tutela, ed essere guarentite a favore dell'amministrato coll'ipoteca legale od altra cauzione della tutela stessa. Ma quanto agli atti indipendenti dalla precedente gestione, e non aventi i caratteri di semplice conservazione o d'urgenza, non potendo questi sotto verun aspetto considerarsi come compresi nell'amministrazione tutelare, non vedremmo con quale fondamento se ne avessero a reputare applicabili le regole. Sarà un'amministrazione di beni altrui, esercitata senz'alcun mandato, nè legale, nè convenzionale, nè espresso, nè tacito, e alla quale perciò non potranno essere applicabili altre norme che quelle del quasi-contratto di gestione d'affari; senzachè a guarentia degli atti relativi possa estendersi l'ipoteca legale, od altra cauzione data soltanto per l'amministrazione tutelare. Quanto agl'interessi delle somme, che durante questa gestione transitoria il cessato tutore avesse ommesso d'investire, egli ne sarebbe responsabile, qualora si provasse che li avesse impiegati a proprio uso, e dalla data del fattone impiego, perchè tale è la regola del mandato (articolo 1750 cod. civ.) applicabile anche nella gestione di affari (art. 1141 codice civile).

Nell'altra ipotesi, poi, di cessazione delle funzioni del tutore, senzachè siasi estinto lo stato di tutela, l'amministrazione continuata dal tutore cessante potendo considerarsi come una *tutela di fatto*, e questa producendo, pei rapporti tra l'amministratore e l'amministrato, i medesimi effetti della tutela di diritto, secondo almeno l'opinione che a noi parve preferibile (1), dovrebbe dunque seguirne che anche delle obbligazioni dipendenti da quest'ammini-

(1) V. sopra, n. 20, pag. 60.

strazione transitoria avesse a giudicarsi colle norme proprie della tutela, ed alla guarentia delle obbligazioni medesime avesse ad estendersi l'ipoteca legale tutelare.

297. Le incapacità che la legge ha stabilite a carico del tutore, come tale, nei rapporti suoi coll'amministrato, debbono ritenersi cessate col finire delle funzioni del tutore stesso, tanto se ciò avvenga per cause relative a lui, quanto per l'estinzione dello stato medesimo di tutela, non ostante che il tutore non abbia reso il conto definitivo della sua gestione, ed abbia continuato ad amministrare; a meno che la legge abbia espressamente dichiarato dover durare qualcuna di quelle incapacità fino al rendimento definitivo del conto. La verità di questa proposizione risulta dalla natura stessa delle incapacità civili, le quali costituendo eccezioni debbono essere applicate restrittivamente (articolo 1105 cod. civ.); epperò, se la legge le annette unicamente alla qualità di tutore, sarebbe arbitrario l'estenderle a chi avesse perduta codesta qualità, sebbene non tutti i rapporti conseguenziali di essa fossero completamente esauriti, e l'amministrazione dei beni pupillari fosse in fatto esercitata ancora da chi fu investito della tutela cessata. D'altra parte, per ciò stesso che vi sono alcune incapacità inflitte dalla legge al tutore, e da essa dichiarate espressamente durevoli fino a che non sia stato approvato il rendiconto definitivo, codeste eccezioni tornano a conferma della regola generale in senso contrario (1).

Applicando questo principio, è dunque da ritenersi che finita, sia poi assolutamente o relativamente soltanto, la tutela, il tutore possa validamente comprare beni dell'amministrato, accettare la cessione di ragioni o di crediti verso di lui e prenderne in affitto i beni, senza bisogno d'alcuna autorizzazione; giacchè l'art. 300 del codice civile

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 120, n. 3.

impone tali incapacità *al tutore*, nè altro aggiunge che possa farle ritenere durevoli mai oltre il tempo delle funzioni tutorie. Oltre di che, come già osservammo, motivo a pronunciare codeste incapacità fu di evitare fra tutore e tutelato un'opposizione d'interessi, che non può più verificarsi, almeno in quella generalità di casi che ha dovuto essere contemplata dal legislatore, allorchè il già tutore abbia cessato d'essere legittimo rappresentante del minorenne (1).

Altre speciali incapacità del tutore continuano a sussistere anche dopo finita giuridicamente questa qualità di lui, e finchè non abbia reso e fatto approvare il rendiconto definitivo; perchè solo allora si trovano veramente sciolti quei rapporti tra lui e l'amministrato, che diedero motivo a stabilire tali incapacità, in vista della dipendenza in cui pei rapporti predetti trovasi l'amministrato medesimo rimpetto al tutore. Per ciò è che nessuna convenzione può aver luogo fra il tutore e il minorenne divenuto maggiore *prima della definitiva approvazione del conto della tutela* (art. 307, § 2, cod. civ.); che il tutore non può mai trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato, nè ricever da lui per donazione, se le disposizioni predette, o la donazione, non siano *posteriori alla approvazione del conto definitivo* (art. 796, 1053 cod. civ.); che nessuna prescrizione può correre fra il minore e il suo tutore *fino a che non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto* (articolo 2119, § 3, codice civile).

La prima delle disposizioni ora citate dà luogo al dubbio, se nella proibizione fatta al tutore, di contrattare col minore divenuto maggiore *prima della definitiva approvazione del conto della tutela*, debba ritenersi compresa qualunque convenzione, ancorchè affatto estranea al rendiconto

(1) V. sopra, n. 293, pag. 1422.

tutelare; e di questo punto ci occuperemo a luogo opportuno. Intanto però giova avvertire, che, data anche la massima estensione a quella proibizione, essa non riguarderebbe, ad ogni modo, fuorchè quelle convenzioni che si stipulassero personalmente tra l'amministrato uscito di tutela e il tutore cessante; epperò non cesserebbe d'essere vera e praticamente applicabile la massima enunciata ora, che la sola cessazione delle funzioni del tutore basta per metter fine alle incapacità che la legge gl'imponeva nei rapporti coll'amministrato, anche prima della definitiva approvazione del conto della tutela. Nell'intervallo, infatti, il tutore cessante potrebbe senza dubbio stipulare da terze persone la cessione di crediti o ragioni contro l'amministrato, e stipular pure compere od affitti dei beni di lui, che fosse tuttora in istato di tutela contrattando nelle forme di legge col tutore succedutogli; quantunque non gli fosse permesso stipulare tali compere od affitti coll'amministrato stesso che fosse giunto a maggiore età.

(*b*).

Del rendimento dei conti della tutela.

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 298. Principii generali. — 299. Distinzione tra gli stati annuali d'amministrazione e il rendiconto finale. — 300. Proibizione d'ogni dispensa dal rendimento dei conti. — 301. Partizione della materia.

298. Qualunque amministrazione di beni altrui porta seco l'obbligo, per chi la esercita, di renderne conto a gestione finita. È una conseguenza necessaria dei rapporti giuridici costituiti con tale amministrazione; la quale producendo tra l'amministratore e l'amministrato obbligazioni reciproche dipendenti dai fatti che si svolgono nel corso della gestione, rende in ultimo indispensabile la dimostra-

zione di quei fatti, acciocchè le predette obbligazioni possano essere determinate.

Così l'obbligazione di render conto è essenziale in questa materia; ed è nel medesimo tempo un'indispensabile guarentia di moralità, affinchè niuno possa arricchirsi a detrimento altrui mediante abuso della fiducia che fu in lui riposta commettendogli il governo de' beni d'un altro; e se questi sia un incapace, per la cui protezione sia stata dalla legge stessa costituita quell'amministrazione, si aggiunge in ciò un nuovo e grave motivo d'ordine pubblico per richiedere imprescindibilmente il rendiconto.

Perciò dell'accennato principio fu fatta applicazione espressa anche alla tutela, dichiarando nell'art. 302 del codice civile che " ogni tutore, terminata la sua amministrazione, è tenuto a renderne il conto ". Nè pertanto un tutore potrebbe mai, per qualunque pretesto, esimersi dell'adempimento di tale obbligazione. Solamente quando l'amministrato stesso fosse divenuto unico erede del tutore defunto ed avesse accettata la successione puramente e semplicemente non sarebbe più possibile parlare d'un rendiconto, che l'amministrato dovrebbe a sè stesso; rappresentando egli e continuando la persona medesima del tutore, ed avendo confuso il patrimonio di questo col proprio, onde sarebbesi estinta per *confusione* ogni obbligazione derivante dalla tutela esercitata dal suo autore (art. 1296 cod. civ.). Ma qualora l'amministrato fosse consucceduto insieme ad altri al tutore, avrebbe interesse e diritto a richiedere verso i coeredi il rendiconto, salvi gli effetti della *confusione* a concorrenza della propria quota ereditaria; come nel caso che avesse accettata l'eredità del tutore con benefizio d'inventario, avrebbe interesse e diritto ad esigere il rendiconto verso i creditori dell'eredità e i legatari, perchè, avendo conservato contro l'eredità stessa il diritto di ottener pagamento dei proprii crediti (art. 968, § ult., cod. civ.), i quali inoltre, rispetto alla tutela, sarebbero guarentiti dall'ipoteca legale, potrebbe darsi ch'egli ricuperasse una somma,

della quale, senza il rendiconto, verrebbe a subire la perdita con detrimento del proprio patrimonio particolare (1).

Fu pure osservato giustamente che la comunione di beni tra l'amministrato e il tutore non varrebbe ad esonerare quest'ultimo dal rendere il conto dell'amministrazione tutoria, la quale, ciò non ostante, avrebbe sempre avuto un oggetto suo proprio e distinto nella proprietà della quota per la quale l'amministrato partecipava alla comunione (art. 679 cod. civ.) (2).

Uno degli espositori del nostro codice disse esser " chiaro " che così il tutore come i suoi eredi non *sono tenuti a ren-* " *dere il conto quando il minore, divenuto maggiore, li ponga* " *nella impossibilità di ciò fare, come se non restituisca loro* " *il conto ed i documenti giustificativi, che ebbe stragiudizial-* " *mente* „ (3), e citò in appoggio l'autorità d'un illustre scrittore straniero, il quale però avea sostenuta la tesi precisamente opposta. E, veramente, l'avere presentato in via amichevole un conto che non venne accettato, non può essere motivo sufficiente ad esimere dal riprodurlo e giustificarlo quando ne sia fatta legittima richiesta dall'interessato. Certo è che se questi, per fatto proprio od anche solo per propria negligenza od imprudenza, avesse cagionata la perdita del rendiconto già presentato e dei documenti prodotti a giustificazione, sarebbe responsabile pel risarcimento del danno, secondo le regole generali degli articoli 1151, 1152 cod. civ.; e quindi non solo dovrebbe rimborsare anche le maggiori spese causate da una nuova compilazione del rendiconto e dalla necessità di procurarsi altri mezzi di prova, ma, qualora i documenti distrutti o smarriti fossero originali, sicchè ne risultassero difficoltà per la dimostrazione del conto, subirebbe le conseguenze del fatto proprio o della propria colpa nel doversi, a prudente criterio dei giudici, risolvere i dubbi che rimanessero

(1) V. Laurent, t. V, n. 125, pag. 140.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 444, pag. 574, 575.
(3) V. Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, n. 1, pag. 293.

in un senso piuttosto favorevole a chi dee rendere il conto. Ma non per questo può ammettersi che l'obbligazione di rendere il conto abbia a reputarsi estinta (1).

È evidentissimo che l'azione pel rendimento del conto finale di tutela non compete soltanto all'amministrato od ai suoi eredi, per costringere l'amministratore o gli eredi a presentare il conto medesimo coi documenti giustificativi (*azione diretta*), ma compete eziandio all'amministratore od a chi lo rappresenta per obbligare l'amministrato a riceverlo (*azione contraria*). Sarebbe impossibile dubitare dell'interesse legittimo, che dà fondamento a codesta ultima azione; poichè, a parte anche il caso in cui l'amministratore abbia a ripetere rimborsi, che costituiscano un residuo attivo a proprio favore, egli attende, ad ogni modo, dall'approvazione del rendiconto la sua liberazione definitiva dalle obbligazioni tutte dipendenti dalla tutela e lo scioglimento della cauzione che abbia prestata, o la facoltà di cancellare l'ipoteca che sia stata iscritta; nè può negarsi a lui il diritto, che appartiene a chiunque abbia un'obbligazione qualsiasi, di liberarsene costringendo il creditore a riceverne il soddisfacimento. Nè pertanto è solo in via di difesa, o di riconvenzione, che l'amministratore possa far valere il proprio diritto a tale proposito ; ma può egli stesso promuovere azione principale, per obbligare l'amministrato a ricevere il conto, che non si curi domandare egli stesso (2).

Sì l'azione *diretta* che la *contraria* pel rendiconto possono pure esercitarsi in nome dell'amministrato o dell'amministratore dai rispettivi loro creditori, secondo il principio generale consacrato dall'art. 1234 cod. civ.; non trattandosi d'uno di quei diritti che, come *esclusivamente inerenti alla persona*, sono eccettuati dalla citata disposizione. L'azione per chiedere o far ricevere il conto e conseguen-

(1) V. Laurent, t. V, n. 125, pag. 139.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 43.

temente per ottenere il pagamento del reliquato od i rimborsi che ne risultino dovuti, ha infatti un oggetto d'interesse pecuniario ed attuale; nè, d'altra parte trovasi, sia per disposizione speciale di legge, sia per analogia, sia per i motivi e lo scopo per cui l'azione è concessa, comprensibile fra quelle il cui esercizio è riservato esclusivamente alle persone alle quali sono attribuite o che almeno non possono, contro la volontà loro, essere esercitate da altri (1).

299. Il rendiconto della tutela non può essere richiesto al tutore, nè può, di regola generale, essere offerto da lui stesso se non quando la gestione sua sia finita. In questo senso si esprime infatti l'art. 302 già citato, dichiarando tenuto il tutore, *terminata che sia la sua amministrazione*, a renderne il conto. E dev'essere naturalmente così; poichè il rendiconto predetto, avendo per iscopo di determinare fra amministratore ed amministrato i rapporti di debito e credito dipendenti dalla gestione della tutela, solo quando essa sia cessata, o assolutamente od almeno relativamente al tutore, può farvisi luogo; tanto più che, durante l'esercizio della tutela stessa, quei rapporti sono continuamente mutabili per nuovi fatti ognora sopravvenienti nell'amministrazione.

Abbiam detto in modo assoluto che, solo dopo terminata l'amministrazione, può il tutore *essere obbligato a render il conto;* perchè, effettivamente, finchè egli conservi l'esercizio dell'ufficio suo, niuno potrebbe costringerlo a presentare conti parziali, quasi per scindere in più parti quella amministrazione, di cui la legge ha voluto all'opposto la unicità. Una massima contraria non sarebbe conforme ai principii generali del mandato, nel quale pure solamente al finire delle sue operazioni è tenuto il mandatario a renderne conto; non troverebbe appoggio nelle disposizioni

(1) V. Laurent, t. V, n. 126, pag. 140.

particolari sulla tutela, fra le quali non ve n'è alcuna che attribuisca al consiglio di famiglia od all'autorità giudiziaria la facoltà di ordinare al tutore la presentazione di conti parziali durante il corso della tutela; non rispetterebbe la equità verso il tutore, il cui ufficio, gravoso già per sè stesso, potrebbe divenirlo incomportabilmente qualora fosse in facoltà del consiglio di famiglia di esigere simili rendiconti parziali.

Tutto ciò, per altro, riferiamo unicamente al rendiconto vero e proprio, avente per oggetto la dimostrazione particolareggiata di tutto ciò che costituisce attività patrimoniale del tutelato, di tutte le partite dell'esatto e dello speso, dei residui da esigersi e degli oggetti da ricuperarsi: al fine di determinare esattamante i rapporti di credito e debito tra l'amministrato e il tutore, e procurare a quest'ultimo la liberazione delle obbligazioni dipendenti dalla gestione di cui ha reso il conto. Vedremo infatti che vi sono conti d'altra specie, i quali, durante il corso della gestione, non solo possono essere richiesti al tutore, ma dalla legge nostra gli sono anzi direttamente e indispensabilmente imposti. E questi sono gli *stati d'amministrazione*, che, secondo l'articolo 303 cod. civ., i tutori generalmente sono tenuti a presentare in ogni anno al consiglio di famiglia. Ma vedremo pure quanto profondamente differiscano questi *stati d'amministrazione* dai rendiconti veri e proprii, sì pel loro oggetto, che per lo scopo a cui sono diretti. Ond'è che la prescrizione di essi nulla toglie alla verità della massima che abbiamo sopra enunciata riferendola al rendiconto vero e proprio.

All'opposto abbiamo accennata come una semplice regola generale, non escludendo qualche possibile eccezione, quella che neppure il tutore possa dal canto suo offrire spontaneamente un rendiconto speciale durante il corso della tutela. Ed un esempio di simile eccezione abbiamo veduto nella risoluzione che, a nostro avviso, dovrebbe darsi della questione relativa al rimborso, che il tutore volesse ottenere,

di somme da lui anticipate per causa della tutela (1). Senonche, anche in tal caso, tratterebbesi di conto reso per uno scopo e con effetti affatto particolari, non mai di un rendiconto che dovesse fare stato pel tutore, al fine di libenirarlo da responsabilità per tutto ciò che riguarda l'ammistrazione anteriore.

300. Da quanto abbiamo detto nei numeri precedenti, risulta come sia di evidente ordine pubblico la disposizione dell'art. 302, che impone ad ogni tutore, terminata la sua amministrazione, di doverne rendere il conto. Nè può ritenersi diversamente per l'altra disposizione dell'articolo 303, la quale, per quanto differisca dalla prima, ha però per iscopo di guarentire l'ordine nella tutela, di proteggere gl'interessi dei minori, nè può quindi riguardarsi come concernente il mero interesse privato.

Per l'una e per l'altra di quelle disposizioni dovea dunque applicarsi il principio generale proclamato nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari, secondo cui " le " private disposizioni e convenzioni non possono in verun " caso derogare alle leggi riguardanti in qualsiasi modo " l'ordine pubblico „. Ed è appunto in conformità di tale principio che fu espressamente dichiarato nell'art. 304:

" Qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il conto " definitivo o di presentare gli stati annuali è di nessun " effetto „, la quale dichiarazione concorda anche colla regola scritta nell'art. 849.

Una massima simile, sebbene non se ne trovasse dichiarazione espressa nel codice Francese, era ammessa pure dai commentatori di quel codice: alcuni dei quali però ritenevano che, qualora in un atto di liberalità tra vivi o di ultima volontà, avente per oggetto beni cadenti nella disponibile, il testatore o il donante avesse soltanto esonerato il

(1) V. sopra, n. 248, pag. 1153-1158.

tutore del beneficato minore di età dal dover pagare il reliquato dei conti relativi all'amministrazione di quei beni, o, qualora anche in tal senso potesse interpretarsi, secondo le circostanze apprezzabili dall'autorità giudicante, la volontà del testatore o del donante, sebbene la disposizione di lui fosse apparentemente di dispensa dall'obbligo di render conto, quella disposizione dovesse avere efficacia, eccettochè il debito residuale del tutore venisse a risultare da fatti *dolosi* di lui (1). Altri invece insegna che la clausola di dispensa a favore del tutore dall'obbligo di render conto dell'amministrazione dei beni legati o donati al minore sulla disponibile del testatore o donante, *dovesse aver sempre un effetto:* quello, cioè, d'esimere il tutore dalla responsabilità derivabile da *semplici colpe*, rimanendo però egli sempre tenuto dei danni che fossero cagionati da suo *dolo;* ritenendo così, in altri termini, che la clausola di *esenzione* dal render conto dovesse sempre e senz'altro interpretarsi come *liberalità del reliquato* del conto d'amministrazione a favore del tutore (2). Altri, da ultimo, negarono assolutamente qualunque valore alla clausola di dispensa in favore del tutore dal render conto dell'amministrazione dei beni di disponibile legati o donati al minore, quand'anche quella clausola potesse interpretarsi, o fosse espressamente di legato o donazione del reliquato, e questo dipendesse da semplici *colpe*, non da *dolo*, osservando che la disposizione, per la quale si liberasse il tutore da responsabilità anche per le sole colpe, sarebbe contraria al buon costume, perchè lo stimolerebbe a mancare ai proprii doveri, e perciò dovrebbe riguardarsi come non scritta (3).

Alcune altre delle legislazioni anteriori all'attual codice Italiano avevano pure disposizioni corrispondenti a quella dell'art. 304 di esso. Così nei codici Parmense (art. 273),

(1) V. Marcadé, art. 469, t. I, n. 276; Demolombe, t. VIII, n. 39-41.
(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. XIV, sect. 1, obs. I.
(3) V. Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 16; Laurent, t. V, n. 124.

Albertino (art. 345, § 2) ed Estense (art. 306) era dichiarata vietata e di niun effetto " qualunque esenzione accor- " data al tutore dal rendere i conti, e qualunque proibizione " fatta all'amministrato di esigerli ".

Tutti i commentatori del codice Italiano, nell'interpretazione del citato art. 304, sono concordi ad ammettere la teoria sopra riferita e professata dal maggior numero degli scrittori francesi, ritenendo, cioè, che il predetto articolo tolga ogni effetto alle disposizioni colle quali si pretendesse di esonerare il tutore dall'obbligo di render conto, ma non impedisca la piena efficacia d'una liberalità fatta da taluno entro i limiti della propria disponibile in favore d'un minorenne, colla clausola, espressa o implicita, che il tutore del beneficato sia esonerato dal pagamento del reliquato, che possa risultare a suo carico dal conto finale d'amministrazione dei beni formanti oggetto della liberalità; semprechè però il debito del tutore dipenda da semplici colpe, non da dolo o frode (1).

Fra i prelodati scrittori, quello che ricordammo da ultimo desume un argomento anche dal tenore dell'art. 304 del codice Italiano, confrontato con quello delle corrispondenti disposizioni dei codici Parmense, Albertino ed Estense, nei quali si vietava non solo *qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il conto*, ma eziandio *qualunque proibizione di esigerlo*. L'essersi soppressa nella disposizione del codice Italiano questa seconda parte, sembrò all'illustre autore un indizio sicuro che, proibendo la sola *esenzione dall'obbligo di rendere il conto*, siasi lasciata lecita la liberazione del tutore dall'*obbligo di pagare il reliquato*. Il ragionamento però ci sembra posato sopra un equivoco troppo evidente. I codici Parmense, Albertino ed Estense non dicevano illecita la proibizione all'amministrato di esigere dal tutore *il pagamento del reliquato*, ma di esigere *il rendimento del conto;*

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 636, n. 1; Buniva, vol. II, n. 6, pag. 292; Ricci, vol. I, n. 444, pag. 575, 576; Paoli, *La tutela*, n. 174, n. 1, pag. 111; Borsari, *Comm.*, art. 304, vol. I, § 640, pag. 1017.

onde tutto riducevasi a contemplare due volte sotto diversa forma la medesima disposizione; in quanto, cioè, fosse espressa come esenzione concessa a favore del tutore, o come proibizione fatta all'amministrato di esigere il conto. Se il legislatore italiano non ha riprodotta questa formola duplicata, non fu perchè abbia avuto intenzione di fare una disposizione sostanzialmente diversa, ma per evitare una ripetizione completamente inutile. Per la interpretazione del nostro articolo ci par dunque necessario affidarci ad altri argomenti.

Osserviamo, innanzi tutto, la generalità senza limiti della disposizione, che dichiara di niuno effetto *qualunque esenzione* dall'obbligo di rendere il conto definitivo o di presentare gli stati annuali. Da ciò deduciamo, in primo luogo, che non sia ammissibile distinzione alcuna circa l'oggetto speciale della esenzione voluta accordare al tutore, liberandolo in tutto od in parte dall'applicazione delle regole prescritte dalla legge pel rendiconto finale o per gli stati annuali dell'amministrazione tutelare. E difatti, sì nell'uno che nell'altro caso, non sono forse d'ordine pubblico le disposizioni di legge a cui si vorrebbe derogare? E non si rende dunque applicabile quel medesimo principio generale proclamato nell'art. 12 delle disposizioni preliminari, per rendere omaggio al quale fu scritto l'art. 304 del codice? Non meno di un'assoluta dispensa accordata al tutore dall'obbligo di rendere i conti, dovrebbe dunque riguardarsi come destituita d'ogni effetto giuridico anche qualunque limitazione o modificazione che si fosse voluta apportare alle norme di legge regolatrici del rendiconto finale e della presentazione degli stati annuali. Ne deduciamo parimente che nessuna distinzione possa farsi quanto alle persone da cui proceda la pretesa esenzione accordata al tutore. Così, non solo sarebbe giuridicamente affatto inefficace la rinunzia che l'amministrato, sebbene giunto a stato di piena capacità, facesse al proprio diritto di esigere il rendiconto da chi fu suo tutore, ma nè quello dei genitori

rimasto superstite, che, a norma dell'articolo 242, avesse nominato pel minorenne un tutore testamentario, nè il consiglio di famiglia, che, secondo l'art. 245, gli nominasse un tutore dativo, nè l'autorità giudiziaria, nè un benefattore, che, per atto fra vivi o d'ultima volontà, facesse a pro del minore liberalità di beni compresi nella propria disponibile, potrebbero mai esonerare il tutore dall'obbligazione legale di rendere i conti.

Il genitore superstite non ha dall'art. 242 altra facoltà che quella di nominare al figlio suo minorenne *un tutore parente od anche estraneo;* ma sempre un tutore i cui poteri e le cui obbligazioni sono poi determinati dalla legge, e tra queste l'obbligazione essenzialissima di render conto. Come potrebbe dunque il genitore aver facoltà di esimere il tutore da lui nominato da quest'obbligazione, che incomberebbe a lui stesso per l'amministrazione dipendente dalla patria podestà; di esentarnelo derogando ad una disposizione di legge d'ordine pubblico? (1). Considerazioni analoghe sono pure applicabili pel consiglio di famiglia che nomini un tutore dativo.

All'autorità giudiziaria, poi, non potrebbe competere la facoltà di esonerare il tutore, fosse poi direttamente o indirettamente, dall'obbligo di render conto. Ciò costituirebbe un'offesa al diritto legittimo del minore, una violazione di una legge d'ordine pubblico. I poteri dell'autorità giudiziaria in materia di tutela sono determinati da disposizioni speciali tassative di legge, e non ve n'è alcuna che le conceda questo, nè ve ne sarebbe stata ragione. Una decisione che contenesse direttamente o indirettamente una disposizione simile, sarebbe quindi indubbiamente soggetta a censura di cassazione (2).

Ogni dubbio si restringirebbe pertanto alla sola ipotesi del donante o testatore, che, sulla sua disponibile, facendo

(1) V. Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 503.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 38.

una liberalità a profitto d'un minore, avesse esonerato il tutore di lui dall'obbligo di render conto dell'amministrazione dei beni donati o legati. Noi veramente abbiamo nell'art. 304 del nostro codice un testo formale che dichiara *di niuno effetto qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il conto definitivo*. Ma questa disposizione si riferisce, evidentemente e nei suoi termini stessi, al *rendiconto generale* dell'amministrazione tutoria, da cui si volesse esentare il tutore. All'opposto, nella ipotesi attuale, non si tratta che della esenzione dal render conto dell'amministrazione di quei beni particolari, che abbiano fatto oggetto della donazione o del legato; chè, ben s'intende, non sarebbe neppur concepibile che un benefattore, usando liberalità di certi beni al minore, pretendesse di esimere il tutore dal render conto dell'amministrazione dell'intero patrimonio pupillare. Non sarebbe dunque del tutto strano il pensiero che il caso di cui parliamo non cadesse sotto la disposizione dell'articolo 304. Tuttavia è ben facile dimostrare l'inammissibilità di tale concetto. Innanzi tutto, osservammo già come nella generalità dell'art. 304 si comprenda non solo la liberazione completa dall'obbligo del rendiconto generale di tutela, ma eziandio ogni derogazione, sebbene parziale, alle regole stabilite dalla legge pel rendiconto stesso. *Qualunque esenzione dall'obbligo del rendiconto è di nessun effetto*, così dice il testo. E, poichè l'obbligo del rendiconto si estende a tutti i beni dell'amministrato, è vietato anche l'eccettuarne da quell'obbligo alcuni. Siamo pertanto nei termini stessi della disposizione proibitiva. Ma poi, se anche non fosse ciò, non sarebbe chiaro ugualmente che, col dispensare il tutore dal render conto d'una parte dei beni da lui amministrati si derogherebbe ad una legge d'ordine pubblico e si offenderebbe la moralità, autorizzando, proteggendo e indirettamente incoraggiando l'abuso della fede commessa dalla legge al tutore medesimo? Sarebbe dunque da applicarsi, ad ogni modo, il principio generale sancito dall'art. 12 delle disposizioni preliminari. Ma, potrebbesi

obbiettare, se il benefattore avrebbe potuto legare o donare i beni suoi disponibili al tutore stesso, *a fortiori* dev'essergli lecito, facendone invece liberalità al minore, di dispensare il tutore dal render conto di quei beni. L'argomento non regge. Se il testatore e donante non ha usata la facoltà, che pur gli spettava, di beneficare il tutore, se invece beneficò il minorenne, non è conciliabile con tale sua volontà, che dev'essere eseguita, il privare il beneficato delle garanzie per la conservazione dei beni trasmessi in sua proprietà, garanzie che non gli provengono da disposizioni del benefattore stesso, ma dalla legge, e precisamente da una legge d'ordine pubblico, non derogabile per volontà privata.

Fin qui pertanto non possono rimanere serie incertezze.

Ma la disposizione del testatore o del donante che avesse dispensato il tutore dal rendere conto dei beni compresi nella liberalità, potrebbe almeno sostenersi sotto un aspetto e per un effetto parziale, secondo l'opinione del Valette, cioè quanto alla liberazione del tutore dalla responsabilità che potesse risultare a suo carico da semplici *colpe*, che commettesse nell'amministrazione di quei beni? Il rispondere dipende, a veder nostro, dalla risoluzione che si debba adottare sulla questione più complessa, di cui tra breve ci occuperemo, dell'efficacia da attribuirsi o negarsi alla *disposizione espressa* con cui il testatore o donante avesse esonerato il tutore del minorenne beneficato dalla responsabilità che potesse incorrere per colpe nell'amministrazione dei beni formanti oggetto della liberalità; perchè, se veramente una tale disposizione dovesse avere effetto, non saremmo lontani dall'accettare anche la teoria del Valette. Egli si scosta, come osservammo, dall'opinione di altri autori in ciò: che questi dicono nulla sempre la dispensa dal render conto, valida invece la disposizione colla quale si esoneri il tutore del beneficato dall'obbligo di pagare il reliquato che sia per risultare dal conto a carico del tutore per semplici colpe da lui commesse; e soggiungono che la stessa clausola di esenzione dal render conto potrebb'essere

interpretata, secondo le circostanze, come legato del reliquato, ed esserne per tal mezzo sostenuta la validità; mentre il Valette ritiene che in quest'ultimo senso debba naturalmente sempre interpretarsi la clausola di dispensa dal rendere conto, la quale perciò rimanga pur sempre efficace, parzialmente però, e *pel solo limitato effetto di liberare il tutore dalla responsabilità risultante da semplici colpe da lui commesse.* E per verità, se dovesse avere effetto la disposizione espressa o implicita, arrecante codesta liberazione di responsabilità, parrebbe anche a noi che come implicita si dovesse, per presunzione naturale, considerarla nella esenzione, concessa dal testatore o donante al tutore del beneficato, dall'obbligo di rendere il conto. Una tale esenzione non si limita al solo fatto della presentazione del conto da cui il tutore venga dispensato, ma comprende come necessaria conseguenza la liberazione dall'obbligo di pagare il reliquato, che solo dalla liquidazione del conto potrebbe risultare. È dunque realmente e naturalmente implicita nella dispensa dal rendiconto la liberazione dall'obbligo del reliquato; e se la seconda potesse avere quell'efficacia giuridica, che è negata per espressa disposizione di legge, dovrebbe avere il suo effetto quella, non ostante la nullità di questa.

Così tutta la controversia si riduce al solo punto del potersi o no, in un atto di liberalità fatto a favore di un minorenne, dispensare validamente il tutore dalla responsabilità delle colpe ch'egli commetta nell'amministrazione dei beni donati e legati.

Poniamo la questione in questi, che ci sembrano i veri suoi termini, sebbene gli autori francesi e nostri, che abbiamo citati, la propongano sotto un aspetto diverso, chiedendo, cioè, se chi dona o lascia beni ad un minore possa disporre legando in favor del tutore il *reliquato del futuro conto d'amministrazione di quei beni.* È chiaro che il punto di vista, da cui quei giureconsulti partono, favorisce la soluzione ch'essi poi dànno della questione; non potendo

negarsi la facoltà di legare un reliquato di conto, che è quanto dire la liberazione da un debito di somma da determinarsi mediante il conto medesimo, poichè con tale remissione non possono offendersi disposizioni proibitive d'ordine pubblico, nè i buoni costumi. Ma sembra a noi altrettanto chiaro che, in tal modo, si devii la questione anzichè portarla nel vero suo campo. Non è esatto, a veder nostro, il raffigurare nella supposta disposizione del testatore o del donante un legato di liberazione dal reliquato del conto. E crediamo che basterà contrapporre l'esempio di un caso, in cui veramente gli estremi di un simile legato si riscontrerebbero, per doversi convincere che l'ipotesi attuale è di ben altra natura. Fingasi che taluno, avendo costituito un procuratore speciale per l'amministrazione di certi suoi beni, leghi questi ad un minore, od anche, avendo un mandatario generale ad amministrare, istituisca erede il minore, imponendogli però di nulla chiedere al procuratore di quanto potesse rimanere a suo debito in dipendenza dell'amministrazione esercitata. Questa disposizione sarebbe senza dubbio lecita e valida, poichè non avrebbe altro oggetto che la liberazione da un debito dipendente da fatti anteriori; quantunque tale debito non fosse attualmente determinato, dipendendone l'accertamento da un conto non ancora presentato. Ma l'ipotesi su cui verte la questione attuale è ben differente. Non trattasi di liberare il tutore da un debito che eventualmente abbia già incontrato per un'amministrazione anteriore, ma di dispensarlo dall'adempimento delle obbligazioni che potrebbero derivare a suo carico dall'amministrazione futura dei beni donati o legati al minore. Sembra evidente pertanto che una disposizione simile non possa essere considerata come un semplice legato di liberazione dal debito per reliquato di un conto, ma costituisca, come dicemmo, una vera dispensa dalla responsabilità che il tutore potrebbe incorrere nell'amministrazione dei beni donati o legati al minore. Se queste riflessioni son giuste, come appariscono a noi,

può esserne chiarita assai la situazione e facilitato un giusto apprezzamento del valore di qualche argomento addotto.

Tutti convengono che la disposizione colla quale si dispensi il tutore dal dover rispondere per l'amministrazione dei beni lasciati al pupillo, non abbia alcuna efficacia allorchè questi beni facciano parte della legittima che spetti al minore; e ciò è troppo evidente per poterne dubitare, nessuna disposizione essendo possibile che limiti in qualunque modo i diritti di piena proprietà appartenenti al legittimario (art. 808 cod. civ.). Tutti convengono del pari che la predetta disposizione non potrebbe mai avere per effetto di liberare anticipatamente il tutore dall'obbligo di risarcire i danni che, per frode o mala fede, arrecasse ai beni donati o legati al minore, perchè una tal clausola sarebbe manifestamente contraria al buon costume ed all'ordine pubblico.

Si sostiene soltanto che chi faccia ad un minore liberalità di beni compresi nella propria disponibile, abbia facoltà di prosciogliere anticipatamente il tutore dai debiti che potesse contrarre per colpe nell'amministrazione, dai debiti provenienti da semplice negligenza od imprudenza di lui. E il principale argomento addotto in appoggio di questo assunto consiste nell'osservare che una tale disposizione non contiene *esenzione dall'obbligo di rendere il conto definitivo*, poichè anzi il rendimento del conto è indispensabile al fine di conoscere il reliquato e stabilire se i danni dell'amministrazione dipendano da semplici colpe o piuttosto da frode o mala fede o del tutore. E su ciò non vi è a replicare. Certamente non è caso questo di esenzione dall'obbligo di rendere il conto; nè però, quanto a noi, sarebbe da applicarsi la disposizione dell'art. 304.

Ma per questo può escludersi ugualmente l'applicazione del principio generale enunciato nell'art. 849? Se il testatore o il donante non ha dispensato il tutore dal render conto dell'amministrazione dei beni legati o donati, lo ha però prosciolto anticipatamente da qualunque responsabilità

per le colpe che commettesse a danno del minore nella futura amministrazione di quei beni; di guisa che, se una simile disposizione potesse avere, come si sostiene, piena efficacia giuridica, il tutore sarebbe assicurato di poter commettere impunemente qualunque negligenza per la quale fossero comunque deteriorati od anche intieramente perissero i beni del minore, senza che a questo restasse alcun diritto di risarcimento. Or non sarebbe contraria al buon costume questa immunità che si accordasse al tutore da qualunque responsabilità d'amministrazione, purchè solo non trascorresse fino alla frode? Non sarebbe contrario all'ordine pubblico questo esporre a danni irreparabili gl'interessi d'un incapace soggetto a tutela? Nè poi sarebbe a farsi gran fondamento sulla riserva a favore del tutelato pel caso di frodi commesse dal tutore. La negligenza può spesso confinare col dolo e riuscire ben difficile il determinare la linea separativa; e il tutelato, a cui incomberebbe di dover provare la frode del tutore, qualora volesse farne fondamento a chiedergli risarcimento di danni, non ostante la disposizione liberativa del testatore, troverebbe, il più delle volte, inane in pratica quello che in teoria si vuol far considerare come un sufficiente presidio iu suo favore.

Per queste ragioni, non ostante l'autorità contraria di tanti spettabilissimi giureconsulti, propenderemmo a ritenere che l'esenzione accordata al tutore dalla responsabilità pei danni che si verificassero nell'amministrazione di beni legati o donati al minore, non potesse avere alcun effetto, non solo pel caso in cui quei danni provenissero da frode o mala fede, ma quando pure fossero attribuibili a semplice negligenza od imprudenza.

301. Sebbene, come notammo superiormente, vero rendiconto d'amministrazione non sia che quello a cui il tutore può essere obbligato solamente quando abbia terminata la sua gestione, accennammo però anche come il

legislator nostro abbia stimato opportuno di prescrivere la presentazione di *stati annuali*, da cui debbano risultare sommariamente le condizioni del patrimonio pupillare e della sua gestione, affinchè il consiglio di famiglia, a cui spetta su di essa una superiore vigilanza, possa esercitarla efficacemente e prender norma pei provvedimenti che, nell'interesse del minore, sia opportuno di dare. Appunto perciò quest'ultima sezione del capo della tutela s'intitola dal *rendimento dei conti*, comprendendovi, oltre al rendiconto finale, anche gli stati annuali, i quali, del resto, servono pure come utili elementi nella compilazione e nella revisione del rendiconto finale stesso. Di tali stati annuali ci occuperemo a parte prima di entrare nelle indagini riguardanti il conto definitivo. Le quali sono molteplici, dovendo essere vólte a determinare le persone da cui debba essere presentato, ricevuto ed approvato il conto finale di tutela, i requisiti intrinseci, cioè gli elementi varii di cui deve comporsi il conto medesimo, le forme estrinseche da osservarsi nel renderlo, gli effetti derivanti dall'approvazione definitiva, per ciò specialmente che concerne il reliquato e la decorrenza dei relativi interessi.

In fine dovremo trattenerci separatamente intorno a due importanti argomenti, che pure si collegano a quello del rendiconto definitivo e riguardano le convenzioni che, dopo cessato lo stato di tutela e finchè il conto non sia definitivamente approvato, non possono farsi validamente tra il tutore e l'amministrato divenuto maggiore e la prescrizione speciale a cui sono soggette le azioni relative alla tutela.

1. *Degli stati annuali d'amministrazione.*

Sommario. — 302. Origine e motivi della disposizione che prescrive la presentazione degli stati annuali. — 303. Eccezioni all'obbligo della presentazione di questi stati. — 304. Forme, caratteri ed effetti degli stati annuali d'amministrazione.

302. L'antico diritto francese distingueva dal conto *definitivo* della tutela altri conti, che dicevansi *provvisori*, e dovevano esser presentati dal tutore a determinati intervalli durante la gestione, al fine " di far conoscere ai " parenti lo stato della tutela, ed assicurarli della fedeltà " del tutore ".

Seguendo lo stesso ordine d'idee il primo progetto del codice civile portava l'obbligo al tutore di dare *conti annuali* durante la gestione, e un *conto generale* in fine. La sezione di legislazione conservando la sostanza di quel precetto ne modificò le espressioni, sostituendo la denominazione di *conti sommari e provvisori* a quella di *conti annuali*, e quella di *conto definitivo* all'altra di *conto generale*. Ciò però accennava più chiaramente all'idea che i conti annuali non fossero destinati a fare stato pei rapporti di debito e credito fra tutore e tutelato, ma solo a dar lume e norma per l'amministrazione.

Nel codice Napoleone (art. 470), dopo aver dichiarato nella precedente disposizione che il *conto d'amministrazione* non avesse a rendersi se non quando *la tutela fosse finita*, si parlava di *stati dei conti d'amministrazione*, che il tutore anche durante la tutela *poteva essere obbligato a rimettere al surrogato tutore, alle epoche che il consiglio di famiglia avesse stimato opportuno di fissare, senza però che lo si potesse costringere a dare più d'uno stato per anno*. Le modificazioni al progetto erano evidenti ed importanti. Non si parlava più di *conti*, fossero pure provvisori, che il tutore potesse esser tenuto a presentare nel corso di sua gestione; ma

di semplici *stati d'amministrazione*, vale a dire di relazioni che rappresentassero per sommi capi la situazione dell'amministrazione stessa, sia quanto alla consistenza patrimoniale, sia quanto alle entrate ed alle spese. La presentazione di tali stati non era più *obbligatoria per legge*, ma *facoltativa*, lasciandosi al consiglio di famiglia il potere di ordinarla qualora la stimasse opportuna. Infine, quando anche la presentazione degli stati fosse ordinata dal consiglio, la legge non ne determinava il tempo, se non per impedire che il tutore potesse esser costretto a dare più d'uno stato per anno, ma abbandonava al prudente criterio del consiglio stesso di potere stabilire invece periodi più lunghi.

Simili disposizioni furono ricopiate dal codice Francese in quelli delle Due Sicilie (art. 393) e nell'Albertino (articolo 346).

Altre legislazioni invece obbligavano i tutori a presentare, nel corso stesso della loro gestione, dei veri conti d'amministrazione; e ne fissavano il periodo, quali ad ogni anno (cod. Austr., § 239; cod. Parm., art. 242; cod. Est., art. 274; cod. civ. della Rep. e Cant. del Ticino, art. 143), quali ad ogni triennio (legge Tosc., art. 56).

Nel codice Italiano fu stabilito (art. 303):

“ Il tutore, ad eccezione dell'avo paterno e materno, “ dovrà ogni anno presentare gli stati della sua amministrazione al consiglio di famiglia, il quale, prima di “ deliberare, li farà esaminare da uno dei suoi membri.

“ Questi stati saranno stesi e rimessi senza spesa in “ carta non bollata e senza alcuna formalità di giudizio “ e, dopo la deliberazione del consiglio di famiglia, depositati presso la pretura „.

Riserbando pei numeri successivi l'esame di questa disposizione nelle varie sue parti, per chiarirne frattanto gl'intendimenti generali, crediamo di non potere far meglio che riferire testualmente le parole autorevoli delle relazioni ufficiali.

Il guardasigilli Pisanelli, presentando il progetto del codice, diceva a questo proposito:

" Fu posta innanzi, ma respinta, l'idea di far presentare " dal tutore un *conto annuo dell'amministrazione*. Parve " che sarebbe stato un troppo grave carico, senza pro- " durre alcun effetto positivo, poichè *non si può negare al* " *minore il diritto di discutere il conto a suo tempo e di* " *contrastarlo*. Si ravvisò sufficiente l'obbligo imposto " al tutore di presentare gli *stati annuali della sua ammi-* " *nistrazione*, ossia uno specchio della medesima, *in cui* " *fossero annotati i risultati complessivi delle varie categorie,* " *senza discendere a minuti particolari* „ (1).

Il relatore della Commissione senatoria si espresse così:

" Tutti i codici prescrivono il conto generale al finire " della tutela. Alcuni soltanto, e sono l'Austriaco, il " Parmense ed il Ticinese, prescrivono un conto annuo. Il " codice ha seguito questo esempio coll'imporre al tutore " che non sia l'avolo paterno o materno, l'obbligo di pre- " sentare ogni anno, *non già un vero conto*, che riuscirebbe " peso troppo incomodo e non giustificato da sufficiente " utilità, ma uno *stato* o *specchio della sua amministrazione*, " nel quale siano annotati *i risultati generali delle varie* " *categorie di entrata e di uscita, senza discendere a minuti* " *particolari*. Questa disposizione pare molto savia e lode- " vole. Se è regola di ogni buona amministrazione il fare, " alla fine dell'anno, un bilancio dell'attivo e del passivo, " a tal regola deve l'amministrazione tutoria conformarsi „.

" Fuvvi nella Commissione senatoria chi mostrò poca " fiducia nella presentazione degli stati annui dei tutori, " e li riguardò come un aggravio incomodo della tutela, " che rimarrà nella pratica ozioso o negletto; ma a ciò " si rispondeva che, in massima, l'utilità degli stati non " è contestabile, che la forma ne sarà semplice ed esente

(1) V. Relazione Pisanelli, pag. 25.

“ da ogni spesa, e che la loro presentazione sarà curata “ dal pretore che presiede il consiglio di famiglia „ (1).

Ci limiteremo ad osservare che il codice Italiano non ha in questa parte seguìto veramente in tutto l'esempio di alcuna delle legislazioni che lo precedettero. Il codice Francese, il Napoletano e l'Albertino lasciavano in facoltà del consiglio di famiglia d'ordinare al tutore che dovesse durante la tutela render ragione della gestione sua, però non con veri e completi conti d'amministrazione, bensì con semplici *stati*, che rappresentassero sommariamente le condizioni della gestione stessa; e il codice Italiano accolse quest'ultima idea, giudicando che *il presentare ogni anno un vero conto riuscirebbe peso troppo incomodo e non giustificato da sufficiente utilità*, ma respinse la prima e rese obbligatori per legge gli stati annuali. Il codice Austriaco, il Parmense e l'Estense obbligavano i tutori a render ragione del loro operato in ogni anno, ma con veri e proprii conti d'amministrazione, particolareggiati ed appoggiati alle occorrenti giustificazioni d'ogni singola partita d'introiti, di spese, di avanzi e diminuzione del capitale: e il codice Italiano fece sua la prima di queste massime, ma rifiutò la seconda. Fu buon consiglio? Lo crediamo. Costringere i tutori a rendere per ogni anno un conto vero e completo della loro gestione, quasi suddividendo questa in altrettanti periodi distinti, fu giustamente reputato soverchio e inopportuno. Sarebbe stato, invero, un carico assai grave, che in tutele importanti avrebbe apportata al tutore molta perdita di tempo a scapito delle altre cure dell'ufficio suo; ed a ciò si aggiunga che il separare in tanti brevi periodi un'amministrazione unica, i cui atti necessariamente si collegano gli uni cogli altri, sarebbe stato innaturale, e per ultimo risultamento avrebbe prodotto più confusione che utilità. D'altra parte però, in un sistema di governo tutelare subordinato alla vigilanza e

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 85.

direzione d'un corpo costituito permanentemente, le cui attribuzioni si vollero stabilire estesissime, per lasciare una più limitata responsabilità al tutore, conveniva porre tali ordinamenti che tenessero informato continuamente il consiglio intorno all'andamento dell'amministrazione, gliene rivelassero i difetti e i bisogni, l'obbligassero a pensare i provvedimenti per rimediare a quelli e sopperire a questi. A tutto ciò servono utilmente gli stati annuali di amministrazione, senza i quali la vigilanza del consiglio permanente di famiglia rimarrebbe facilmente nominale soltanto. In quest'ordine d'idee bisognava poi rendere obbligatoria per legge la presentazione di questi stati annuali. Lasciandola facoltativa, sarebbesi incontrato il pericolo che divenisse nel più dei casi illusoria, o per trascuranza, o per soverchia fiducia del consiglio nella persona del tutore.

303. Dall'obbligo di presentare gli stati annuali di amministrazione sono eccettuati, per disposizione dell'articolo 303, l'avo paterno e l'avo materno, che è quanto dire *i tutori legittimi* (art. 244 codice civile). È superfluo aggiungere che fuor di questa eccezione espressa nel testo nessun'altra potrebbe farsene alla regola generale in esso stabilita, che qualunque tutore debba presentare gli stati annuali d'amministrazione.

Di questa obbligazione sono dunque tenuti indistintamente tutti i tutori testamentari o dativi; nè potrebbe avere alcun effetto l'esenzione che ad essi si fosse preteso accordarne dal testatore o dal consiglio di famiglia (articolo 304 cod. civ.). Per altro ciò che ora dicemmo di tutti i tutori dativi deve intendersi sotto una limitazione, pel caso in cui tale qualità venisse assunta *dall'avo materno*. Vedemmo infatti farsi luogo alla tutela dativa quando l'avo paterno non abbia assunta la tutela legittima per qualche causa d'incapacità, d'esclusione e di scusa, o dopo averla assunta ne abbia cessato per incapacità sopra-

venuta, o per causa di remozione o di scusa, od anche per morte, quantunque sia ancora superstite e capace della tutela *l'avo materno* (1); e che questi allora può soltanto esser nominato tutore dal consiglio di famiglia come qualunque altra persona parente, od anche estranea (2). Ora in tal caso l'avo materno, divenuto tutore dativo, sarebbe però sempre esente dall'obbligo di presentare gli stati annuali, in virtù dell'eccezione fatta in favor suo dall'articolo 303. Quell'esenzione è accordata all'avo paterno o materno, non già in considerazione dell'essere essi investiti dell'ufficio di tutori per diretta disposizione della legge, ma per ragione della loro qualità di avoli del tutelato, la quale ispira la più grande fiducia nella loro amministrazione, talchè furono anche dispensati dalla cauzione (art. 292 cod. civ.) (3). L'art. 303 non dichiara infatti eccettuati dall'obbligo degli stati annuali *i tutori legittimi*, ma *l'avo paterno e l'avo materno* come tali. Nè la lettera nè lo spirito della legge lasciano dunque dubitare che l'avo materno non abbia a godere del favore di questa eccezione anche quando sia stato nominato tutore dativo.

L'articolo 303 non dichiara esenti dall'obbligazione, che impone generalmente a tutti i tutori, i genitori, i quali avendo riconosciuti i loro figli naturali, ne esercitino la tutela legale durante la minore età, secondo la disposizione dell'art. 184. Ma di esprimere una tale eccezione non vi era bisogno. È vero che la potestà dei genitori sui figli naturali riconosciuti si esercita civilmente mediante una tutela legale, la quale si differenzia bensì sotto molti aspetti dalla tutela ordinaria, ed ha invece molti attributi comuni colla patria podestà, ma non cessa per questo di essere caratterizzata dalla legge come una vera tutela, di cui perciò le sono anche applicabili le regole generali,

(1) V. sopra, n. 40, pag. 140.
(2) V. sopra, n. 38, pag. 131 e segg.
(3) V. sopra, n. 185, pag. 842 e segg.

per quanto non vi sia stato espressamente derogato (1). Tuttavia la deroga in questa parte risulta manifesta, sebbene implicita, dalla stessa disposizione dell'art. 303, che prescrive la presentazione degli stati annuali d'amministrazione tutoria al consiglio di famiglia, perchè questi stati son destinati appunto ad illuminare il consiglio stesso, a cui spetta la direzione superiore della tutela, a porgergli mezzo di conoscere esattamente e continuamente lo stato dell'amministrazione colle variazioni che possono avvenirvi, a dargli quindi opportunità di prendere le determinazioni opportune. Ora nel caso di tutela legale dei genitori naturali non potendovi essere consiglio di famiglia, nè costituendosi consiglio di tutela (art. 261 cod. civ.) diviene evidente l'impossibilità di applicare l'art. 303, della cui disposizione mancherebbe inoltre lo scopo.

304. Gli stati d'amministrazione *sono stesi e rimessi senza spesa in carta non bollata e senz'alcuna formalità di giudizio* (articolo 303, § 2). Devono essere presentati dal tutore al consiglio di famiglia o di tutela (art. 303, § 1, combinato col 261, § ultimo).

Il consiglio deputa uno dei suoi membri ad esaminare gli stati e riferirne (detto art. 303, § 1). Sulla relazione il consiglio *deve deliberare*. Dopo la deliberazione del consiglio, gli stati devono essere depositati presso la pretura (detto art. 303, § 2).

In ciò si riassume tutto quanto riguarda le forme da osservarsi in questa materia.

La dispensa da qualunque formalità giudiziale, spesa, o tassa di bollo od altra, fu motivata dall'obbiezione che facevasi all'istituzione di questi stati annuali d'amministrazione, dicendoli gravosi per perdita di tempo e spese, la quale obbiezione fu rimossa tenendo semplicissima per la forma e gratuita la presentazione di quegli

(1) V. sopra, n. 39, pag. 138.

stati; del che avea, del resto, già dato l'esempio l'articolo 470, § 2, del codice Francese, la cui disposizione fu testualmente ricopiata.

Questi prospetti di conti debbono essere presentati al consiglio di famiglia, diversamente da quanto disponevano i codici Francese, Napoletano ed Albertino, secondo i quali dovevano *essere rimessi al surrogato tutore*. L'innovazione dipende dal diverso sistema adottato dal codice nostro nell'organizzazione della tutela. Il consiglio di famiglia è costituito permanentemente per tutto il tempo della tutela; e ad esso, non più al surrogato-tutore o pro-tutore, è attribuito specialmente l'ufficio di vegliare sull'amministrazione del tutore. E poichè la presentazione degli stati annuali è prescritta appunto allo scopo d'agevolare e rendere più efficace codesta vigilanza, è dunque conseguente che al consiglio di famiglia debbano essere rimessi.

Ricevuti gli stati annuali, il consiglio deve deputare uno dei suoi componenti affinchè li esamini; e sulla relazione di lui *deve deliberare*. Ciò attesta l'importanza grande, che il legislatore ha giustamente annessa a questi stati d'amministrazione, poichè non si è appagato che fossero sottoposti al consiglio di famiglia, ma volle che fossero studiati nei loro particolari da uno dei consulenti appositamente delegato, ed ingiunse al consiglio di prendere poscia sopra ciascuno di tali stati una deliberazione formale. S'intese con ciò ad eccitare la diligente attenzione del consiglio intorno a documenti che possono infatti giovargli assai per l'adempimento efficace delle funzioni che gli sono affidate, rivelandogli fatti od omissioni importanti, mostrandogli vizi d'amministrazione da correggere, suggerendogli provvedimenti necessari od utili da prendere nell'interesse del minore. Pensiamo perciò che il consiglio di famiglia mancherebbe ad un preciso dovere impostogli dalla legge qualora intorno a ciascuno degli stati d'amministrazione annualmente presentati dal tutore non delibe-

rasse formalmente, esprimendo i criteri che ne ha tratti, e gli apprezzamenti suoi intorno allo stato dell'amministrazione. Senza di ciò sarebbe frustrato lo scopo, avuto manifestamente in vista dal legislatore, d'obbligare il consiglio a volgere seriamente l'attenzione sua allo stato della gestione tutelare in ciascun anno. Non sapremmo quindi, per parte nostra, approvare l'idea manifestata da un illustre interprete; il quale commentando quella parte dell'art. 303, che parla della *deliberazione* da prendersi dal consiglio, dichiara di credere " che qui la parola (*deli-* " *berazione*) si adoperi in senso molto lato, perchè *d'ordi-* " *nario il consiglio prenderà atto dell'esibizione del conto,* " *ma non pronuncierà un giudizio qualunque, almeno per* " *approvare;* ma se emergono delle irregolarità, o motivi " per correggere, o per dare nuovi ordini, il consiglio " deliberando provvede „ (1).

Autorizzare il consiglio a prendere semplicemente atto della presentazione degli stati annuali, anzi proclamare questa come regola generale da osservarsi, limitando la necessità d'una deliberazione vera e propria ai soli casi in cui si presenti il bisogno di qualche provvedimento speciale, e riducendo con ciò, com'è troppo evidente, ad una mera formalità, nel più gran numero dei casi affatto inefficace, quello che il legislatore dispose come mezzo d'utile guarentigia nell'interesse dei minori, ci par che sia precisamente l'opposto di ciò che il legislatore medesimo si propose e dichiarò formalmente. Il consiglio *deve deliberare*, lo dice in termini chiari l'art. 303, non certo per *approvare o respingere un conto*, chè tali veramente non sono, secondo gl'intendimenti della legge nostra, gli stati annuali d'amministrazione, ma per pronunciare i proprii apprezzamenti intorno a quanto risulta da quegli stati, talchè non rimanga dubbio che siano stati seriamente esaminati. Aprire ai consigli di famiglia la comoda via di

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 303, vol. I, § 641, pag. 1018.

prendere semplicemente atto della presentazione degli stati, ossia di dichiarare d'averla ricevuta dal tutore, è incoraggiarli a non occuparsene che superficialmente, o punto; è un'interpretazione che ci sembra, non solo arbitraria, ma apertamente opposta alla lettera ed allo spirito della legge.

Da ultimo, gli stati, esaminati dal consiglio, e dopo che esso vi abbia deliberato, devono essere *depositati presso la pretura*, per esservi conservati come documenti utili a consultarsi talvolta nel corso della tutela, utilissimi poi per servire di confronto nella revisione del conto definitivo.

Da quanto abbiamo detto crediamo risultare abbastanza quali caratteri e quali effetti possano attribuirsi agli stati annuali d'amministrazione. Essi non sono considerati dalla legge come veri e proprii *conti*, destinati ad accertare i rapporti di debito e credito fra tutore e tutelato; ma sono semplici prospetti dimostranti in modo sommario lo stato in cui trovasi anno per anno l'amministrazione tutelare, e son diretti unicamente a servire d'informazioni al consiglio, per poter meglio e più sicuramente dirigersi nei provvedimenti che sia opportuno di ordinare per l'interesse del minore. Perciò appunto nell'art. 303 del codice civile non è fatto alcun cenno di obbligo, che incomba al tutore, di giustificare con documenti le partite di spese ch'egli denunci negli stati d'amministrazione; mentre di simile obbligo è parlato, ma unicamente pel *conto definitivo*, nell'art. 305 dello stesso codice e nell'art. 324 di quello di procedura civile.

Da ciò poi si rende facile pure la dimostrazione degli effetti derivabili da questi stati annuali. Poichè non sono veri conti d'amministrazione, non posson dunque fare stato fra tutore e tutelato pei loro rapporti rispettivi di debito e credito. E quand'anche il consiglio di famiglia nella sua deliberazione avesse espresso, che non è del caso, di *approvare* lo stato d'amministrazione che gli fu presen-

tato, ciò non impedirebbe, nè all'amministrato, nè al tutore stesso di poter poi nel rendiconto definitivo impugnare quelle partite che si trovassero indicate nello stato annuale, di cui fosse stata fuori d'opportunità dichiarata l'approvazione; poichè è solo in occasione di questo conto finale, che si fa luogo a discutere legittimamente tutta intera l'amministrazione.

È questa un'idea che fu espressa dal Ministro nella sua relazione per la presentazione del progetto di codice, parlando dei *conti annui d'amministrazione* ch'era stato proposto d'istituire ad imitazione dei codici Austriaco, Parmense ed Estense. E sebbene quelli fossero considerati come *conti d'amministrazione veri e proprii*, il Ministro osservava: " che non se ne sarebbe potuto attendere alcun " effetto positivo, *poichè non si può negare al minore il " diritto di discutere il conto a suo tempo, e di contrastarlo* ". Tanto più dunque codesto concetto dev'essere seguìto, dappoichè, respinta l'idea di ordinare *veri conti annuali di amministrazione tutoria*, vi si sostituì l'altra di far presentare ogni anno " gli stati annuali dell'amministrazione, " ossia uno specchio della medesima, in cui siano annotati i risultati complessivi delle varie categorie, senza " discendere a minuti particolari ".

2. *Da quali persone debba essere dato, ricevuto ed approvato il conto definitivo della tutela.*

Sommario. — 305. Chi debba rendere il conto. — 306. A chi debba rendersi il conto. — 307. Formalità necessarie, secondo i diversi casi, affinchè il conto divenga per l'approvazione definitivo, ed affinchè il tutore resti efficacemente liberato.

305. Il tutore od i suoi eredi devono rendere il conto dell'amministrazione, quand'essa sia finita per qualunque causa, o di cessazione assoluta dello stato tutelare, o di cessazione relativa delle sole funzioni del tutore.

È un'obbligazione il cui oggetto è d'interesse pecuniario, poichè consiste nell'accertare i rapporti di debito e credito fra tutore e tutelato; non può dunque esservi dubbio sulla sua trasmissibilità per successione. È una obbligazione comune a chiunque abbia per qualunque titolo amministrati i beni d'altri (articoli 1141, 1747 cod. civ.); quindi incomberebbe ugualmente anche a chi, senza avere esercitata la tutela, nè di diritto, nè di fatto, avesse però amministrati, o per mandato espresso o tacito, o per gestione d'affari, dei beni appartenenti al tutelato. Ma in riguardo al tutore l'obbligazione di render conto è resa più particolarmente essenziale dalla disposizione espressa dell'art. 302: la quale, concernendo la tutela, assume il carattere di legge d'ordine pubblico, non derogabile per alcuna disposizione privata, com'è dichiarato nel successivo articolo 304.

Non vi è limitazione possibile alla generalità della legge che dichiara tenuto al rendiconto *ogni tutore;* nè vi è luogo ad alcuna distinzione fra tutori testamentari, legittimi, o dativi. Anche l'avo paterno e l'avo materno, che pure son dispensati dalla cauzione e dalla presentazione degli stati annuali d'amministrazione, sono però soggetti,

come qualunque altro tutore, all'obbligo del rendimento del conto finale sotto le regole stabilite dal codice in questa sezione. Anche i genitori naturali, che esercitino la tutela legale sui figli da essi riconosciuti, sono sottoposti alle medesime norme. Anche chi abbia assunta ed esercitata di fatto una tutela, che per diritto non gli spettava, è tenuto a rendere il conto coll'osservanza delle regole speciali stabilite in questa sezione; giacchè sono comuni identici effetti alla tutela sì di diritto che di fatto, per tutto ciò che concerne i rapporti fra l'amministratore e l'amministrato (1).

Ma se non si fosse verificato, neppur di fatto soltanto, l'esercizio generale e permanente della tutela, e si trattasse invece di affari particolari, che taluno avesse fatti nell'interesse del minore, od anche dell'amministrazione generale esercitata da un altro in surrogazione del vero tutore legalmente investito di tale ufficio, l'amministratore sarebbe bensì tenuto egualmente, in virtù dei principii generali, a rendere il conto; ma, poichè non tratterebbesi di tutela, nè di diritto, nè di fatto, sibbene di mandato espresso o tacito o di gestione d'affari, sarebbero da applicarsi le regole generali del mandato, non le speciali della tutela.

Quando la tutela sia finita nella persona del tutore per la morte di lui, od essendo essa finita per qualunque altra causa relativa o assoluta, sia avvenuta la morte del tutore prima d'aver reso il conto, l'obbligazione di renderlo passa, come già dicemmo, agli eredi; e qualora questi siano per incapacità civile soggetti all'amministrazione altrui, ovvero l'eredità sia *giacente*, l'obbligazione di rendere il conto dell'amministrazione esercitata dal defunto in qualità di tutore incombe ai rappresentanti legittimi degli eredi, od al curatore dell'eredità giacente.

(1) V. sopra, n. 20, pag. 60.

306. Da qualcuno degl'interpreti del codice Francese fu avvertita l'incompletezza delle disposizioni di esso in ordine ai casi nei quali poteva farsi luogo al rendimento del conto tutelare, ed in ordine alle persone alle quali doveva essere dato; perciocchè quel codice parlava soltanto del conto da rendersi *allorchè il minore fosse giunto alla maggiore età, od avesse ottenuta l'emancipazione*, tacendo affatto dei rendiconti a cui potevano dar luogo i cangiamenti di tutore (1). Ora, la disposizione dell'articolo 471 di quel codice fu riprodotta nell'articolo 305 del codice Italiano: il quale, per altro, rimediò al notato difetto, soggiungendo negli articoli 306 e 307 altre disposizioni, nelle quali prevede particolarmente i diversi casi in cui può verificarsi la cessazione assoluta o relativa della tutela, eccetto quello dell'emancipazione del minore, che è regolato a parte nell'articolo 316, e per ciascuno di quei casi determina a chi debba rendersi il conto, e quali formalità debbano osservarsi affinchè esso assuma il carattere di *definitivo*, od affinchè il tutore riporti una efficace liberazione.

Per principio generale il conto della tutela dev'essere reso a colui al quale l'amministrazione dei beni deve passare al finire della tutela stessa. Da ciò è chiara la necessità di distinguere, se sia cessato lo stato stesso di tutela, o sian finite le sole funzioni del tutore per cause a lui personali, e nella prima ipotesi se la tutela sia finita per la morte del minore, o per la maggiore età da lui raggiunta o per l'emancipazione che abbia ottenuta.

“ Se l'amministrato muore durante la minore età, il “ conto sarà reso ai suoi eredi „ (articolo 306, § 2, codice civile).

“ Se la tutela cessi per la maggiore età dell'ammini- “ strato, il conto sarà reso all'amministrato medesimo „ (art. 307, in princ., codice civile).

(1) Marcadé, art. 471, t. I, n. 278.

Se il minore soggetto a tutela ottiene l'emancipazione, o di diritto, o formale “ il conto della precedente ammi- “ nistrazione sarà reso al minore emancipato assistito “ dal curatore „ (art. 316, in princ., codice civile).

“ Qualora l'amministrazione del tutore cessi prima che “ l'amministrato sia giunto alla maggiore età o sia eman- “ cipato „ (ossia, qualora cessino le funzioni del tutore per morte, sopravvenuta incapacità, rimozione, dispensa, o assenza di lui) “ il conto dovrà rendersi a colui che “ succede nella tutela „ (art. 306, in princ., codice civile).

Nel caso di morte dell'amministrato, e supposto che gli eredi di lui, ai quali deve rendersi il conto, siano tutti maggiori di età, nè siano per altra causa incapaci, non può essere necessaria alcuna formalità abilitante per l'approvazione definitiva del conto e l'efficace liberazione del tutore. Ciò riguarda unicamente l'interesse privato degli eredi; i quali essendo, per ipotesi, pienamente capaci a tutti gli atti della vita civile, possono anche liberamente riconoscere regolare e giustificato il rendiconto e concedere liberazione all'amministratore, per quanto con ciò pregiudicassero al proprio interesse. Qualora, all'opposto, o tutti gli eredi dell'amministrato, od anche solo alcuni fossero in età minorile, spetterebbe al tutore di essi, come loro legittimo rappresentante, di ricevere il conto; e sarebbero applicabili al caso le teorie che esponemmo trattando degli atti pei quali è necessaria, ma sufficiente, l'autorizzazione del consiglio di famiglia (1).

Negli altri casi poi di cessazione assoluta dello stato di tutela, e in quelli tutti in cui finiscano soltanto le funzioni del tutore per qualunque causa legittima a lui personale, non basta che il rendiconto sia stato ricevuto ed approvato dalle persone alle quali secondo le regole precedentemente riferite dev'esser dato; ma per far considerare quel conto come definitivo, e farne derivare l'efficace e

(1) V. sopra, n. 254, pag. 1191 e segg.

completa liberazione del tutore, è indispensabile l'adempimento di certe formalità prescritte nei succitati articoli, e delle quali parleremo nel numero seguente.

307. Quando la tutela cessi per la maggior età dell'amministrato, al quale dev'essere reso il conto, dappoichè è divenuto capace a tutti gli atti della vita civile (art. 323 codice civile), “ il tutore però non sarà efficacemente “ liberato, se l'amministrato non sarà stato assistito nel“ l'esame del conto dal protutore, o da quell'altra persona “ che, in mancanza del protutore, sarà stata designata dal “ pretore „ (art. 307, § 1°, in fine, codice civile).

L'inesperienza dell'amministrato appena uscito di tutela, l'influenza, che non può ancora aver cessato su lui, del tutore, la probabilità che per desiderio di affrettare il possesso delle proprie sostanze s'induca di leggeri ad approvare un rendiconto non abbastanza giustificato; furono le ragioni che determinarono il legislatore a non ammettere la validità dell'atto con cui si approvi il conto presentato dal tutore, se non quando ad assistere l'amministrato, quantunque ormai divenuto capace a tutti gli atti civili, sia intervenuto il protutore, od altra persona, in sua mancanza, deputata a ciò dal pretore. Il protutore, quantunque coll'estinguersi della tutela siano totalmente finite le funzioni di lui come tale, era infatti la persona meglio indicata per questo ufficio speciale; sia perchè, per la carica esercitata, deve avere intorno alla gestione di quella tutela notizie particolari, opportune a meglio apprezzare il rendiconto presentato dal tutore; sia perchè trattasi d'un incarico affatto analogo alle anteriori incombenze del protutore stesso, il quale doveva rappresentare il minore in tutti i casi in cui l'interesse di lui si trovasse in opposizione con quello dell'amministratore.

In mancanza del protutore, non potevasi far di meglio che affidare al pretore di designare *altra persona* per assistere l'amministrato uscito di tutela nell'esame del

rendiconto del tutore; stantechè non potevasi deferire codesta incombenza al consiglio di famiglia, che è rimasto sciolto col finire del tempo della tutela. Nella scelta della persona più idonea è lasciata libera facoltà al pretore: il quale perciò non sarebbe tenuto a nominare una delle persone indicate dall'art. 253.

L'incarico, che, secondo l'art. 307, deve avere il protutore, o quell'altra persona designata in sua vece, è di *assistere l'amministrato nell'esame del conto*. Non è dunque un'*autorizzazione* che l'amministrato debba riportare dal protutore per poter liberare efficacemente il tutore in base del rendiconto da questo presentato. Non è nemmeno un'*approvazione* del conto, da parte del protutore, che debba aggiungersi a quella dell'amministrato per poter produrre l'efficace liberazione del tutore. Tutto ciò sarebbe inconciliabile colla piena capacità ormai acquistata dall'amministrato uscito di tutela, per governare il proprio patrimonio e disporre come gli piaccia dei proprii beni. Ciò che vuole la legge, è semplicemente che l'amministrato non possa approvare validamente il conto, e liberare efficacemente il tutore, se nell'esame del conto stesso non abbia avuta l'assistenza di chi abbia potuto avvertirlo degl'inganni che si fossero tramati in suo pregiudizio; libero per il resto l'amministrato stesso, appunto perchè è pienamente capace, di disporre come creda delle cose sue, e quindi anche di approvare un conto non giusto, e concedere una liberazione immeritata. Per soddisfare al voto dell'art. 307, e liberare efficacemente il tutore, basterebbe quindi, a nostro avviso, che fosse provato autenticamente avere il protutore o la persona deputata a sostituirlo assistito l'amministrato nell'esame del conto, ancorchè non risultasse ch'egli pure lo avesse approvato, anzi sebbene risultasse in contrario che lo avesse ritenuto non approvabile.

Il minore emancipato non può emettere valida approvazione del conto presentato dal cessato suo tutore, se

non agendo *coll'assistenza del curatore* (art. 316 codice civile). L'atto della liquidazione ed approvazione d'un conto non potendo considerarsi come compreso tra quelli di *semplice amministrazione*, perchè contiene implicita una *disposizione di beni* (1), non era quindi ammissibile la capacità dell'emancipato a fare da sè solo un tale atto, secondo il disposto dell'art. 317 cod. civile. Nondimeno l'art. 316 richiede per questo caso *la sola assistenza del curatore*, come ritiene sufficiente una tale formalità per altri atti, che pure considera come eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, quali son quelli di riscuotere capitali, e di promuovere azioni in giudizio (articolo 318 codice civile). Pare quindi indubitabile che la liquidazione ed approvazione del conto reso dal precedente tutore non debba annoverarsi tra gli atti, pei quali, a norma del successivo art. 319, oltre il consenso del curatore si richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela. Il medesimo art. 316 prevede il caso che curatore dell'emancipato sia quella stessa persona che deve rendere il conto, e prescrive che allora il consiglio di famiglia o di tutela, a cui il minore, quantunque emancipato, rimane soggetto, debba nominare un *curatore speciale*, affinchè l'emancipato non manchi, in questo importante atto con cui approvi il conto tutelare, di quella assistenza che non gli può prestare il suo curatore ordinario, personalmente interessato in quell'approvazione. L'*assistenza* del curatore, sia ordinario o speciale, deve però in questo caso intendersi, a parer nostro, in un senso diverso da quello che spiegammo pel protutore nel caso del conto reso all'amministrato divenuto maggiorenne. Qui si tratta d'un minore d'età: il quale sebbene abbia acquistata coll'emancipazione una capacità limitata, di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione, e di potere per gli altri operare

(1) V. sopra, n. 254, pag. 1191, 1192.

personalmente, per questi però, e fra essi per l'esame e l'approvazione del conto reso dal precedente suo tutore, ha bisogno d'essere *assistito* dal curatore; e codesta *assistenza*, come spiega l'art. 319, che coi precedenti 316 e 318 si collega e li completa, s'intende del *consenso* che il curatore presti agli atti che l'emancipato vuol fare. Qui dunque non basterebbe, secondo pare a noi, che fosse provato autenticamente aver il curatore *esaminato il conto* del tutore, ma sarebbe indispensabile che *consentisse* nell'approvazione di quel conto data dall'emancipato; senza di che tale approvazione non avrebbe efficacia di liberare il tutore.

Da ultimo in tutti i casi nei quali siano cessate soltanto, per qualsiasi causa, le funzioni del tutore, rimanendo però il minore in stato di tutela, il tutore subentrato, a cui dev'essere reso il conto, non può riceverlo da solo, ma, come dichiara l'art. 306, " *in presenza del protutore* „ e, come soggiunge poi il medesimo articolo, " il rendimento " del conto *non sarà però definitivo*, salvo che intervenga " l'approvazione del consiglio di famiglia „.

Con ciò il legislatore Italiano ha risoluti due punti che il codice Francese avea passati sotto silenzio, e intorno all'uno dei quali specialmente vi era discordia fra gli interpreti. Per la validità del conto reso da un tutore cessante al suo successore, era necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale? Era necessaria almeno la presenza del surrogato tutore?

Intorno alla prima questione, quasi tutti gli autori escludevano la necessità dell'autorizzazione del consiglio: appoggiandosi non solo alla mancanza d'un testo di legge, che sottomettesse a forme o condizioni speciali il rendiconto che l'antico tutore doveva al nuovo, ma eziandio ad argomenti di analogia da altre disposizioni del codice Francese (1).

(1) Merlin, *Rep.*, v° *Compte*, § 1, n. 2; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, chap. XIV, sect. III, §§ 411, 412; Duranton, t. III, n. 615; Demolombe, t. VIII, n[i] 56, 57; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 3; Laurent, t. V, n. 131, pag. 145.

Il codice Italiano l'ha risolta in senso contrario, dichiarando che *il rendimento del conto non sarà definitivo, salvo che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia.*

Sull'altra questione cadeva il dissenso; perchè quantunque la maggior parte degli autori proclamasse necessaria la *presenza del surrogato tutore* al rendimento del conto dato dal tutore cessante al nuovo (1), non mancavano però gravissime autorità in contrario (2). Il codice Italiano si attenne alla massima adottata dai più, dichiarando *necessaria la presenza del protutore.* E da questo punto comincieremo le nostre osservazioni, per seguire l'ordine stesso in cui queste disposizioni si trovano nell'articolo 306. Gli argomenti allegati dai citati autori, per dimostrare la necessità dell'intervento del *surrogato tutore*, erano principalmente i seguenti:

Che nel rendimento del conto del tutore cessante gl'interessi del minore si trovavano in opposizione con quelli del tutore nuovo, il quale poteva avvantaggiarsi del far salire ad una cifra minore l'ammontare dell'attivo risultante dalla gestione del tutore precedente; che d'altra parte, questo conto dovendo tener luogo d'inventario pel successore nell'ufficio tutorio, come nella compilazione dell'inventario era richiesto dalla legge l'intervento del tutore surrogato, così si dovesse ritenerlo indispensabile parimente nel rendimento del conto.

Obbiettavasi dall'altra parte, che il tutore subentrato non aveva alcun interesse a diminuire il reliquato del conto del suo predecessore, nè potevasi figurare un'opposizione d'interessi in questo particolare tra lui e l'amministrato, se non supponendo che volesse far frode a quest'ultimo, colla quale ipotesi nessun atto d'ammi-

(1) V. Toullier, t. II, n. 1256; Proudhon, t. II, chap. XIV, sect. II, p. 408, 409; Duranton, t. III, n. 615; Zachariae, t. I, § 122, n. 2; Demolombe, t. VIII, n. 56.

(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 2; Laurent, t. V, n. 131, pag. 145, 146.

nistrazione potrebbe più dirsi scevro d'una simile opposizione d'interessi.

Che tra l'inventario e il rendiconto non è ammissibile un'assimilazione, poichè questi due atti sono essenzialmente differenti per la natura e l'oggetto loro, e d'altronde trattandosi d'una condizione, che verrebbe imposta a pena di nullità del rendiconto, non era possibile stabilirla al di fuori d'una disposizione testuale di legge, per argomenti di analogia.

Il legislatore italiano, esaminata la questione in diritto costituendo, ha creduto di doverla risolvere nel primo senso; e stimiamo che ne abbia avute buone ragioni. È verissimo che un'opposizione d'interessi tra l'amministrato e il nuovo tutore, nel ricevere il conto del tutore cessante, non si può immaginare se non supponendo in quello l'intenzione di avvantaggiarsi in pregiudizio dell'amministrato stesso. Ma appunto ad impedire gli abusi e le frodi, che potessero commettersi in danno degli incapaci, tendono le cautele che la legge ha stabilito per la protezione di questi; nè è strana l'ipotesi che qualche tutore ricevendo il conto dal suo predecessore si accordasse con lui per scemare l'attivo spettante realmente al minore, dividendone il beneficio. Era dunque prudente l'esigere l'intervento del protutore; il quale, se sia quello stesso da cui furono esercitate le medesime funzioni col precedente tutore, e che sia stato rieletto, come lo permette l'art. 267, potrà per le notizie acquistate di quell'amministrazione concorrere efficacemente ad un sindacato utilissimo; e se anche sia di nuova nomina, potrà sempre colla presenza sua esser di ostacolo ad una collusione, che potesse verificarsi tra i due tutori in pregiudizio dell'amministrato. Sia pur vero che la compilazione dell'inventario in principio di tutela, e il rendiconto pel passaggio dell'amministrazione dall'uno all'altro tutore siano atti differentissimi per la natura e per l'oggetto loro. Non è men vero, che la ragione di esigere, sì nell'uno che nell'altro atto, la presenza del

protutore, è sempre la stessa, cioè d'impedire che nell'accertamento di ciò che costituisce la sostanza dell'amministrato il tutore gli faccia danno, avvantaggiando sè stesso.

Circa l'altro punto, della necessità che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia, per la validità del conto reso dal tutore che è cessato a quello che gli succede possiamo prescindere da qualunque discussione sugli argomenti addotti in contrario dalla dottrina francese. Essi riducevansi, come notammo, alla mancanza d'un testo di legge che come condizione di validità del rendiconto imponesse l'approvazione del consiglio di famiglia, e questo testo preciso di legge noi lo abbiamo; e ad argomenti di analogia tratti da disposizioni del codice Napoleone, che nel nostro codice sono mutate. Il legislatore italiano ha reputato all'opposto che l'approvazione d'un rendiconto col quale, mentre si liberi un precedente tutore, si pongano le basi per l'amministrazione del nuovo, fosse un atto di tanta importanza da dover richiedere l'autorità del consiglio di famiglia; nè ci sembra che un tale giudizio possa essere tacciato di esagerazione.

Crediamo piuttosto che qualche particolare riflessione possa meritare l'interpretazione da darsi a questa disposizione. Essa ci dice che senza l'approvazione del consiglio di famiglia *il rendimento del conto non sarà definitivo;* mentre l'articolo 307, circa il conto reso all'amministrato giunto a maggiore età, dichiara che senza l'assistenza del protutore *il tutore non sarà efficacemente liberato.* È questa la stessa idea che si è voluto esprimere nel precedente articolo dicendo che *il rendiconto non sarà definitivo,* o sotto queste parole vi è un concetto diverso, e quale? Per completare i motivi di questo nostro dubbio richiamiamo pure, al confronto dell'ora ricordata espressione dell'articolo 306, la disposizione dell'art. 305, § 1°, ove è detto che, " quando il minore sia giunto alla maggiore età, " o sia emancipato, *si renderà il conto definitivo della " tutela* ".

Per veder chiaro in tutto ciò, stimiamo opportuno il riferirsi, innanzi tutto, ai principii che teoricamente regolerebbero le relazioni giuridiche dipendenti dal rendiconto d'un'amministrazione tutelare finita prima della cessazione dello stato di tutela: agevolandosi così l'intelligenza delle norme dettate dal diritto positivo.

L'inventario, che è fondamento indispensabile d'ogni azienda tutelare, non ha luogo che in principio della tutela (art. 281 cod. civ.). Se ogni cangiamento di tutore rendesse necessaria la compilazione d'un nuovo inventario, produrrebbe un carico eccessivamente gravoso, spesso rovinoso a quelle amministrazioni. Pel tutore, che subentra ad un altro durante il corso della tutela, tien luogo d'inventario il conto, che dev'essere reso dal tutore cessante, e da cui devono apparire lo stato patrimoniale al tempo dell'aperta tutela, le partite dell'esatto e dello speso, e quindi il reliquato, i residui da esigersi, e gli oggetti da ricuperarsi.

Finita la tutela, dev'esser dato indispensabilmente all'amministrato, che n'è uscito, un *conto generale* della gestione, e quest'obbligo incombe quindi necessariamente all'ultimo tutore che si è trovato in ufficio, quando più l'abbiano esercitato successivamente (art. 305 cod. civ.). Certamente, ognuno di questi tutori deve rendere il conto dell'amministrazione propria al finire di essa (art. 302 cod. civile); ma ciò non dispensa il tutore, che si trova in carica allorchè cessa assolutamente lo stato di tutela, dal dover presentare all'amministrato il *conto generale*, senza cui sarebbe più difficile stabilire chiaramente la situazione derivante dalla serie dei fatti cominciati coll'apertura della tutela e compiuti colla cessazione di essa. Delle amministrazioni intermedie deve pertanto rendersi bensì da ciascuno dei tutori succedutisi il conto particolare proprio; ma poichè all'ultimo di essi incomberà poi di dare all'amministrato il conto generale, ogni tutore cessante dovrà quindi render conto al proprio successore, che

avrà a riceverlo sotto la propria responsabilità, rendendosi contabile verso l'amministrato stesso per il tempo in cui finirà la tutela. Ecco perchè l'articolo 305, § 1°, dice che "*il conto definitivo della tutela si renderà quando il minore* "*sia giunto alla maggiore età, o quando sia emancipato*", ossia *quando lo stato di tutela sia assolutamente cessato*. Sebbene, per rendere più esatta e completa l'idea, sarebbe stato opportuno l'aggiungere "*o quando l'amministrato* "*muoia durante la minore età*". Invece quest'ultimo caso fu contemplato nel § 2 dell'art. 306, al seguito di quelli in cui siano cessate le sole funzioni del tutore, unicamente, a quanto pare, perchè nell'uno come negli altri si suppone che l'amministrato non sia giunto alla maggior età, nè sia stato emancipato. Ad ogni modo, è certo che il rendiconto è *generale e definitivo*, non solo quando l'amministrato sia uscito di tutela per maggiore età od emancipazione, ma anche quando egli sia morto in minore età; mentre qualora siano cessate le sole funzioni d'un tutore, rimanendo l'amministrato in istato di tutela, il conto, che il tutore cessante rende a quello che gli subentra, non può essere naturalmente che *parziale* in relazione all'intiera gestione tutelare; nè può essere *definitivo*, perchè l'ultimo tutore dovrà sempre rendere, in fine dello stato di tutela, *il conto generale*, riassumendo come parti integranti di esso i risultamenti dei conti parziali intermedi, che da lui e da chi lo avesse preceduto saranno stati ricevuti sotto la loro responsabilità.

Tale dovrebb'essere la condizione delle cose, qualora non si avessero che da applicar i principii generali, secondo cui pertanto l'ultimo tutore rimarrebbe responsabile della intiera gestione, salvo il suo ricorso contro i tutori che lo avessero preceduto, verso i quali non sarebbe tenuto ad agire il pupillo (1). Ma la legge nostra ha voluto opportunamente dar mezzo al tutore succeduto per esimersi da

(1) V. Laurent, t. V, n. 128, pag. 141.

una responsabilità troppo grave, e non dipendente direttamente dal fatto suo; e perciò ha dichiarato che il rendimento del conto del tutore cessante *diverrà definitivo*, qualora, oltre ad esservi stato *presente il protutore*, vi sia intervenuta *l'approvazione del consiglio di famiglia.*

La *presenza del protutore* è da riguardarsi come indispensabile per la validità del conto, poichè, senza questa formalità imposta dalla legge, il tutore succeduto non avrebbe dalla legge stessa poteri sufficienti per riceverlo ed approvarlo; sicchè approvandolo da solo egli assumerebbe la responsabilità anche dell'amministrazione anteriore verso il pupillo, senzachè questi perdesse punto delle sue azioni contro il tutore precedente. Ma ciò non basta ancora, se inoltre non intervenga *l'approvazione del consiglio di famiglia.* Data questa, però, il conto reso dal tutore, di cui sono cessate le funzioni, per dar luogo ad un tutore nuovo, si considera come *definitivo*, cioè come se comprendesse l'intiera gestione d'una tutela assolutamente finita; il che val quanto dire che non si considera più come unica e continuativa l'amministrazione per tutto il corso della tutela; che la gestione, di cui fu reso il conto, si scinde completamente da quella del tutore succeduto; che quest'ultimo non è più responsabile dell'amministrazione del suo predecessore; ch'egli non ha più a dar conto fuorchè della gestione propria. Dir questo è dire ancora che il tutore precedente, il cui rendiconto dato al nuovo tutore in presenza del protutore è stato inoltre approvato dal consiglio di famiglia, dopochè abbia soddisfatto al reliquato, che da quel rendiconto risulti, *rimane efficacemente liberato*, come è esattamente espresso per altro caso nel successivo art. 307.

Tutto questo, che dovrebbe ritenersi secondo la legge nostra, se male non la interpretiamo, relativamente al conto reso stragiudizialmente da un tutore, le cui funzioni siano cessate prima che finisse lo stato di tutela dell'amministrato, sarebbe poi da applicarsi con maggior

ragione al caso in cui quel tutore avesse reso il proprio conto in giustizia; poichè le guarentìe delle forme giudiziali e della decisione del tribunale sulle contestazioni che siano insorte, valgono certamente più dell'approvazione del consiglio di famiglia. Anche in questo caso dunque il tutore cessante sarebbe efficacemente e definitivamente liberato, soddisfacendo al reliquato risultante dal conto liquidato giudizialmente, e il nuovo tutore non avrebbe più a render conto che della gestione propria.

3. *Del tempo e del modo in cui dev'essere reso il conto.*

Sommario. — 308. Quale sia il tempo in cui debbasi rendere il conto. — 309. Principii generali relativi ai modi in cui il conto possa essere dato. — 310. Del conto dato all'amichevole. Sue forme. — 311. Del conto dato giudizialmente. Sue forme. — 312. A carico di chi debbano porsi le spese del rendiconto.

308. Già più volte abbiamo avuto occasione di osservare come la legge stabilisca il tempo prima del quale non si fa luogo a rendiconto vero e proprio dell'amministrazione tutelare, sicchè nè per l'amministrato potrebb'esserne richiesto il tutore, nè questi potrebbe offrire intempestivamente il conto della propria gestione. Questo tempo è fissato al termine dell'amministrazione. L'ammettere che nel corso stesso di essa chi la esercita potesse esser costretto a dare, o potesse obbligare a ricevere un conto parziale, liberandosi dalla responsabilità della gestione anteriore e cominciandone da quel punto una nuova, sarebbe contrario sotto l'aspetto teorico a quella unicità che è caratteristica dell'amministrazione d'una tutela; e in pratica potrebbe produrre non lievi inconvenienti a danno del minore, poichè l'interrompere così la serie degli atti di gestione, naturalmente continuativi e collegati l'uno coll'altro, arrecherebbe facilmente confusioni e imperfezioni nei conti, pei quali è desiderabile la maggior chiarezza e completezza che si possa ottenere. Ben è vero che, durante l'amministrazione, il tutore è tenuto, per disposizione della legge nostra, a presentare annualmente gli *stati della sua amministrazione;* ma già abbiam veduto quanto questi differiscano per l'oggetto e per gli effetti loro da un vero e proprio rendiconto di tutela (1).

È vero ancora che, quando avvenga un semplice *cangiamento di tutori*, quello che cessa è tenuto a dare a quello

(1) V. sopra, n. 304, pag. 1472 e seguenti.

che subentra il conto dell'amministrazione propria, conto che può rendersi anche definitivo, colla piena liberazione del tutore cessante, purchè intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia (art. 306 cod. civ.). Ma allora l'amministrazione tutoria ha avuto fine, se non altro, relativamente al tutore cessato; ed inoltre lo stesso richiedersi, per attribuire al rendiconto in questo caso il carattere e gli effetti di conto definitivo, che il tutore lo abbia ricevuto in presenza del protutore, ed abbia poi riportata l'approvazione del consiglio di famiglia, e il ritenersi che, senza queste speciali formalità, il rendiconto dato non possa riguardarsi come definitivo, non liberi efficacemente il tutore cessante e lasci a quello che gli è succeduto la responsabilità della intiera gestione della tutela, della quale egli dovrà poi rendere il conto completo quando cessi lo stato medesimo di tutela (1), è una testimonianza di più a conferma del principio generale, che un vero e proprio rendiconto di tutela non ha luogo se non quando lo stato di tutela sia finito.

A questa idea sono infatti conformi le disposizioni testuali del codice Italiano. L'articolo 302 stabilisce che " ogni " tutore, *terminata la sua amministrazione*, è tenuto a ren- " derne il conto ", e questa è regola che si applica tanto al caso di cessazione assoluta dello stato stesso di tutela, quanto all'altro in cui siano solamente cessate le funzioni d'un tutore, subentrandone un altro; ma intanto stabilisce il principio che a nessun tutore possa esser richiesto, nè da lui possa essere offerto il conto *durante la sua amministrazione*. Poi l'articolo 305 parla del *conto definitivo* della tutela e dichiara ch'esso non si renderà se non *quando il minore sia giunto alla maggiore età, o sia emancipato*, e vuol dire più generalmente ancora *quando sia assolutamente cessato lo stato di tutela*. Nel successivo art. 306 è da ultimo contemplato il caso di semplice cessazione delle funzioni di

(1) V. sopra, n. 307, pag. 1478 e seguenti.

un tutore; e lo si obbliga bensì a rendere il conto della sua amministrazione a colui che gli succede nella tutela ed in presenza del protutore, ma si dichiara nel medesimo tempo che tale rendiconto *non sarà definitivo*, salvo che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia. È riconosciuto così che il conto reso nel corso della tutela dal tutore cessante al suo successore non ha, per natura sua, il carattere giuridico di *conto definitivo;* solo eccezionalmente, e per favorire la liberazione del tutore cessante e diminuire la responsabilità del nuovo, la legge offre un mezzo di *rendere definitivo* quel conto, facendolo approvare dal consiglio di famiglia.

Se però è stabilito il principio che, a rendiconto definitivo, non possa farsi luogo prima che la tutela sia terminata, nessuna disposizione vi è nel codice Italiano che fissi un termine entro il quale, contando dal giorno in cui sia finita la tutela o cessata per causa personale l'amministrazione d'un tutore, debba questi presentare il conto della sua gestione. L'esempio d'una simile disposizione trovavasi nel codice Austriaco, il quale nel § 262 ordinava che " il " tutore, *entro due mesi al più tardi dopo terminata la tutela*, " deve presentare al giudice i conti finali ". Il legislatore italiano non lo seguì, forse pensando alla incongruenza di stabilire un termine identico per tutti i casi, mentre quello che sarebbe stato soverchio per tutele di lieve importanza avrebbe potuto trovarsi insufficiente per altre di amministrazione estesa e complicata; fors'anche riflettendo che non vi fosse bisogno di prefiggere un tal termine per l'interesse dei tutelati; giacchè, se sono le sole funzioni di un tutore che cessano, quello che gli succede ha interesse di ottenere il rendiconto quanto più presto sia possibile, stante l'obbligo, che ha per legge, di chiederlo e la responsabilità che incorre in proprio per l'intiera gestione, qualora ommetta o ritardi di domandarlo; se poi la tutela è cessata assolutamente, sono gli eredi dell'amministrato, od egli stesso divenuto maggiorenne od emancipato, che hanno

interesse a ricevere il conto; ed a loro, come persone capaci, dev'esser lasciata libertà di giudicare da sè quando convenga di esigere il rendiconto dal cessato tutore. Comunque sia, è certo che, non essendo dalla legge nostra prefisso alcun termine entro il quale debba dal tutore essere adempito l'obbligo di rendere il conto, essendo solo stabilito il tempo prima del quale non può aver luogo quell'obbligo e il tempo in cui si prescrivono le azioni del minore contro il tutore (art. 309 cod. civ.), rimane all'amministrato od ai suoi eredi pienissima facoltà di scegliere il momento che stimino più opportuno, dopo terminata la tutela, per esigere il rendiconto dal cessato tutore che non lo presenti spontaneamente, purchè lo facciano prima che la relativa azione sia prescritta.

Intorno a questo argomento del tempo in cui sia da rendersi il conto di tutela, dobbiamo ancora richiamare una massima già dimostrata superiormente: che, cioè, quando più persone siano soggette alla medesima tutela, l'uscirne alcuna di esse, o per morte, o per maggiore età, o per emancipazione, fa luogo a doversi, per ciò che la riguarda, rendere immediatamente il conto dal tutore, senzachè possa ostarvi il continuare della tutela per altre delle persone che vi erano soggette. Infatti, come osservammo, l'unicità della tutela in riguardo al patrimonio amministrato, non può far prescindere dalla distinzione di essa in rapporto alle persone che vi sono sottoposte, nè dispensare dal fare ragione allo stato di capacità, a cui una di queste sia pervenuta, non ostante che altre siano ancora in istato di incapacità. Quello pertanto fra i minori soggetti ad una stessa tutela, che sia divenuto maggiorenne, o sia stato emancipato, ovvero gli eredi di lui, se sia morto, potranno, tostochè tali eventi siansi verificati, chiedere al tutore il rendiconto per la parte in cui sono interessati nell'amministrazione (1).

(1) V. sopra, n. 291, pag. 1415.

309. Il codice civile non contiene disposizioni speciali riguardanti forme estrinseche, le quali siano da osservarsi nel rendimento del conto definitivo di tutela.

Nel codice di procedura civile (art. 319 al 328) sono scritte le regole generali pel rendimento dei conti; ma esse sono applicabili soltanto, com'è evidente, ai rendiconti dati davanti all'autorità giudiziaria.

Deve dedursi da ciò che il rendiconto di tutela non possa aver luogo che nelle forme giudiziali? Sarebbe un errore manifesto. Basta bene che la legge non abbia espressamente proibito di rendere un conto tutelare all'amichevole, perchè ciò debba riguardarsi senz'altro come perfettamente lecito tra persone capaci di disporre dei loro beni e dei loro diritti. D'altra parte il codice Italiano porge argomenti non dubbi d'aver considerati come legittimi i rendiconti amichevoli, allorchè dispone nell'art. 306 che il rendiconto dato dal tutore, il cui ufficio sia cessato prima che l'amministrato sia giunto alla maggiore età o sia emancipato, divenga *definitivo qualora intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia;* e nell'art. 307, che in una tutela finita per maggiore età dell'amministrato il tutore sia efficacemente liberato qualora l'amministrato medesimo *sia stato assistito nell'esame del conto dal protutore* o da altra persona, in mancanza di questo, delegata dal pretore. Tutto ciò non si riferisce, nè evidentemente può riferirsi ad altro, che ad un *rendiconto amichevole.* Nè sarebbe possibile una massima diversa pel conto reso dal tutore cessante ad un minore emancipato (art. 316 cod. civ.). Ha detto giustissimamente il Laurent: " Non si sa comprendere come una tale que-
" stione abbia potuto dividere la giurisprudenza e gli
" autori. Essa è decisa dal testo stesso del codice. L'arti-
" colo 480 codice Francese (316 codice Italiano) porta che
" il conto della tutela sarà reso al minore emancipato
" assistito dal suo curatore. Dunque l'assistenza del cura-
" tore è la sola condizione richiesta per la validità del conto,
" la sola guarentìa creduta necessaria dalla legge per la

“ protezione del minore „ (1). E in verità, se si ammettesse il contrario, gl'interessi del minore emancipato sarebbero tutt'altro che protetti, poichè a danno di lui dovrebbero ricadere le spese d'un rendiconto giudiziale che si rendesse indispensabile. Ha fatto assai meglio, nell'interesse dell'emancipato, la legge, permettendo ch'egli possa ricevere ed approvare il rendiconto del suo precedente tutore, purchè solo sia assistito in questa operazione dal suo curatore ordinario, o da un altro speciale, che dev'essergli nominato dal consiglio di famiglia o di tutela, qualora il primo sia quel medesimo che deve rendere il conto.

310. Posto che, come fu dimostrato nel numero precedente, il rendiconto tutelare possa esser dato anche stragiudizialmente in via amichevole, e ritenuto d'altra parte che, per tal caso, la legge nostra non ha prescritta veruna forma estrinseca speciale, e che le regole scritte nel codice di procedura civile riguardano esclusivamente i rendiconti dati in giustizia, ne segue naturalmente che le parti interessate, fra le quali si dà e si riceve il conto, siano perfettamente libere, procedendo amichevolmente, di scegliere quei modi e quelle forme che stimino più opportune, e parimente di far constare del loro accordo intorno al conto reso, piuttosto mediante semplice scrittura privata, che mediante atto pubblico. Non è che la legge che possa prescrivere per la validità di un atto determinate forme, le quali lo rendano solenne.

Il codice Francese (art. 473), e ad imitazione sua alcuni degli altri che ebbero vigore in Italia (cod. Due Sicilie, art. 396; cod. Albertino, art. 350), aveano una disposizione espressa per dire che “ se il conto desse luogo a contesta-“ zioni, dovessero queste esser promosse e giudicate come “ le altre in materia civile „. Nel codice Italiano non fu riprodotta questa dichiarazione, la quale, dagli stessi com-

(1) V. Laurent, t. V, n. 130, pag. 144.

mentatori del codice Napoleone, era giudicata superflua. Notavano essi che nel progetto del codice trovandosi prescritte pel rendiconto, ancorchè amichevole, certe forme speciali di procedimento, le quali non vennero adottate, s'introdusse nella redazione definitiva questo articolo, unicamente per accentuare di più l'intenzione del legislatore di non vincolare in verun modo, quanto ai rendiconti amichevoli, il diritto acquistato dal tutelato, col giungere a stato di capacità, di regolare da sè i proprii affari, di lasciare i rendiconti dati giudizialmente alla sola applicazione delle regole stabilite dal codice di procedura pel rendimento dei conti in generale, e di riferirsi alle norme comuni di rito pei casi in cui nel corso d'un rendimento amichevole di conti sorgessero contestazioni, per la risoluzione delle quali si ricorresse all'autorità giudiziaria (1).

E, quantunque nel codice Italiano nulla sia espresso intorno a ciò, è indubitabile per altro doversi ritenere le stesse massime; poichè il legislatore nostro non vincolò in nessun modo colla prescrizione di forme speciali la libertà delle parti nei rendiconti di tutela dati in via amichevole; nel codice di procedura stabilì le forme da osservarsi generalmente per qualunque rendimento di conti, e quindi anche per quello di tutela, quando sia dato in giustizia, non essendone per esso prescritte altre eccezionali; ed è ovvio per sè, che, qualora un rendimento amichevole dei conti della tutela desse occasione a contestazioni particolari, per dirimere le quali l'una o l'altra delle parti promuovesse azione in giudizio, ciò non potrebbe farsi se non colle norme comuni di rito.

311. Qualora dunque il conto di tutela sia reso giudizialmente, non è da porre in dubbio, per quanto dicemmo nel numero precedente, che le forme da seguirsi in tale procedimento non possono essere altre che quelle stabilite

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 52; Laurent, t. V, n. 129, pag. 142.

negli articoli 319 al 328 del codice di procedura civile per tutti i rendiconti in generale.

La competenza dell'autorità giudiziaria, davanti a cui debbasi istituire il procedimento, è determinata dall'articolo 97 dello stesso codice di procedura, ove è detto:

" *L'azione pel rendimento di conti di una tutela* o di una " amministrazione *si propone davanti l'autorità giudiziaria* " *del luogo in cui la tutela* o l'amministrazione *fu conferita* " *o esercitata* ".

Con ciò fu risolta una questione, che era controversa in diritto francese, e la disposizione surriferita, per quanto concerne i rendiconti di tutela, si riferisce congruamente agli speciali ordinamenti della tutela stessa secondo il diritto nostro.

L'art. 527 del codice di procedura civile Francese diceva che le azioni contro i tutori si dovessero promuovere davanti i *giudici del luogo in cui la tutela fosse stata deferita*. Nel caso d'una tutela esercitata successivamente da più tutori, all'ultimo dei quali fosse stata deferita da un consiglio di famiglia costituito in sede diversa da quella del consiglio che avea nominato il primo tutore, dubitavasi se la competenza dovesse determinarsi dal luogo in cui la tutela s'era aperta o dal luogo in cui era stato deferito l'ufficio all'ultimo tutore. Qualche decisione era stata pronunziata nel primo senso; qualche opinione autorevolissima stava in appoggio della massima contraria, osservandosi che la legge non diceva doversi rendere il conto dove la tutela *si era aperta*, ma dove era stata *deferita:* la quale ultima espressione era da intendersi riferibile al tutore che rendeva il conto, sicchè all'ultimo domicilio di tutela dovesse guardarsi; che d'altra parte questo essendo anche regolarmente il luogo in cui tutore e minore si troverebbero domiciliati, era naturale che davanti l'autorità di tal luogo si portasse l'azione pel rendimento del conto (1).

(1) V. Laurent, t. V, n. 129, pag. 143.

A questo concetto s'è conformata la legge nostra, la quale, nel determinare la competenza dell'autorità giudiziaria, non ha più parlato del *luogo in cui la tutela sia stata deferita*, ma del *luogo in cui la tutela sia stata conferita, o esercitata;* facendo intendere così che, qualora il luogo in cui la tutela fu originariamente *conferita* sia diverso da quello in cui fu da ultimo *esercitata*, dovrà da questo anzichè dall'altro determinarsi la competenza. Ciò, d'altronde, è giustificato dalla considerazione che il luogo d'esercizio ultimo della tutela è quello in cui è più ragionevole che si discutano e si risolvano le controversie riguardanti il rendiconto della tutela stessa; non solo perchè nel medesimo luogo saranno probabilmente domiciliati tutore e amministrato, ma anche perchè in quel luogo potranno essere più facilmente raccolti gli elementi necessari per decidere sulle contestazioni che insorgano.

Riferendoci poi al sistema stabilito dal codice Italiano per l'ordinamento della tutela, ci sembra chiaro che, per *luogo in cui essa fu conferita*, non possa intendersi altro che quello nel quale siasi costituito il consiglio di famiglia all'aprirsi della tutela stessa, secondo il disposto dal primo paragrafo dell'art. 249; e per luogo, diverso dal primo, *in cui la tutela sia stata esercitata*, quello dove siasi trasferita la sede del consiglio, secondo la disposizione dell'ultimo paragrafo del medesimo articolo. Sarebbe, insomma, il *domicilio della tutela*, originario o acquisito, che determinerebbe la competenza del tribunale davanti a cui dovesse portarsi l'azione pel rendiconto. Ciò sembra conforme alla lettera della succitata disposizione del codice di procedura, poichè il *domicilio della tutela*, il luogo in cui si costituisce il consiglio di famiglia è indubbiamente quello in cui *viene conferita la tutela definitiva.* Quanto alla tutela legittima, dovendosi determinare un luogo in cui abbia a reputarsi *conferita*, non sapremmo immaginarne altro che quello appunto di domicilio della tutela. E lo stesso pensiamo potersi ripetere per la tutela testamentaria, poichè, infine,

anche in questo caso è la legge che *conferisce i poteri al tutore*, ed al genitore ultimo superstite è soltanto attribuita dalla legge stessa la facoltà di designare la persona. Similmente quando, in virtù della facoltà datane al tribunale nel secondo paragrafo dell'art. 249, sia trasferita la sede del consiglio di famiglia presso una pretura diversa da quella in cui fu originariamente costituito, è indubbiamente in quest'ultimo luogo che viene d'allora in poi *esercitata la tutela*. Allo spirito, non meno che alle parole della predetta disposizione, sembra poi conforme la massima che abbiamo accennata; perchè veramente sarà nel luogo ove fin dalla origine, o per trasferimento, abbia sede il consiglio di famiglia, che si troveranno probabilmente domiciliati amministrato e tutore; sarà in quel luogo che si potranno meglio chiarire i dubbi che si sollevino nelle contestazioni relative al rendiconto.

312. Le spese pel rendimento del conto definitivo della tutela, così è detto nel secondo paragrafo dell'articolo 305, " saranno a carico del minore e saranno intanto " anticipate dal tutore „.

Che codeste spese debbano stare, in definitivo, *a carico del minore*, della cui tutela si rende il conto, è di evidente e semplice giustizia; poichè il rendiconto medesimo non è che una conseguenza forzata della tutela stabilita nell'unico interesse del minore, ed è mezzo indispensabile per accertare i rapporti di debito e credito derivati dall'esercizio della tutela stessa, nè sarebbe ragionevole che il tutore avesse a sopportare perdite pecuniarie per diretta conseguenza dell' ufficio obbligatorio e gratuito che gli fu addossato.

Che poi le spese stesse debbano essere intanto *anticipate dal tutore*, è una mera e manifesta necessità, giacchè i mezzi, che potrebbe avere il minore, sono ancora nelle mani del tutore, finchè questi non abbia reso definitivamente il conto e consegnati all'amministrato, od a chi

per lui, i beni che formarono oggetto della gestione tutelare. Può darsi che dalla liquidazione finale del conto sia per risultare un residuo debito a carico del minore; ma, oltrechè ciò non può dirsi accertato fino a liquidazione definitiva, ad ogni modo la necessità che il tutore renda il conto per compiere l'esecuzione degli obblighi derivantigli dalle sue funzioni e l'impossibilità per l'amministrato di provvedere alle relative spese, rendono ragione sufficiente del doversi assoggettare il tutore a quest'ultimo onere dell'ufficio impostogli per motivi d'ordine pubblico, anticipando le spese del rendiconto quando non ne abbia nell'amministrazione tutelare i mezzi.

La disposizione che sopra riferimmo, relativa alle spese, fa seguito nell'art. 305 a quella che contempla il caso di cessazione della tutela per *maggior età od emancipazione* del tutelato, e dice che solo allora debba rendersi il conto definitivo. Gli altri casi, di morte dell'amministrato durante la minore età e di semplice vacanza della tutela per morte, incapacità sopravvenuta, remozione, dispensa o assenza del tutore, sono previsti nella disposizione separata che segue dell'art. 306. Da ciò potrebbe nascere il dubbio che le regole sopraddette concernenti l'anticipazione e il carico definitivo delle spese di rendiconto, fossero applicabili esclusivamente ai due casi di estinzione della tutela per maggior età od emancipazione del tutelato. È un dubbio, però, da rimuoversi facilmente colla semplice osservazione che le regole di cui parliamo non costituiscono eccezioni ai principii generali, ma ne sono anzi pure e semplici applicazioni, come noi dimostrammo precedentemente. E, invero, se l'amministrato sia morto durante la minore età e il conto debba perciò rendersi agli eredi di lui, non vi sono forse le stesse ragioni per porre in definitivo le spese a carico degli eredi predetti, ma obbligare frattanto il tutore ad anticiparle? Non è vero ugualmente che il rendiconto è nell'interesse del tutelato o di chi lo rappresenta, come conseguenza necessaria dello stato di tutela in cui

l'amministrato era, e che d'altro lato il patrimonio, a cui carico le spese di quel rendiconto debbono ricadere, è tuttora posseduto per titolo d'amministrazione dal tutore? E, dato pure che la tutela sia solo divenuta vacante per una causa personale al tutore, ciò muta forse in qualche cosa il fondamento di quelle ragioni, e non sta sempre che le spese del conto sono una conseguenza dello stato di tutela in cui è l'amministrato, nè debbon quindi volgersi a detrimento patrimoniale dell'amministratore, e che però i beni da cui devono attingersi i mezzi per sopperire a quelle spese sono ancora in mani dell'amministratore cessante o dei suoi eredi?

Così infatti gli scrittori francesi e nostri sono concordi nell'ammettere che la regola secondo la quale le spese del rendiconto stanno a carico dell'amministrato, ma debbono essere anticipate dal tutore, sia da applicarsi non solo ai casi di estinzione della tutela per maggior età od emancipazione dell'amministrato, ma parimente a quello della morte di lui avvenuta durante la minore età, ed anco, in generale, agli altri di semplice *vacanza* della tutela per cause personali al tutore, e specialmente per la morte di lui, la sopravvenuta incapacità e la dispensa (1). Un dubbio è sôrto pel caso di *remozione* del tutore; giacchè, sebbene tutti convengano che al rendiconto ed alle relative spese avendo allora dato causa per fatto proprio colpevole il tutore rimosso debba egli tenerne indenne l'amministrato, vi è però una dissidenza nel concepire il modo di effettuazione di tale indennizzo. I più lo traducono semplicemente nella derogazione per questo caso alla regola, che le spese del rendiconto debbano essere a carico del minore, portandole invece tutte a carico del tutore che ha dato motivo a farsi rimuovere (2). Altri invece opina che anche nel caso

(1) V. Demolombe, t. VIII, ni 102, 103; Laurent, t. V, n. 137; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 641; Paoli, *La tutela*, n. 185.

(2) V. Marcadé, art. 471, § III, t. I, n. 279; Demolombe, t. VIII, n. 103; Pacifici-Mazzoni, Paoli, l. c.

di destituzione del tutore debbasi mantenere il principio che le spese del rendiconto stiano a carico del minore; “ perchè resta sempre vero che il conto si rende nell’inte- “ resse dell’amministrato. Ma il tutore destituito potrà “ essere condannato a rimborsare le spese del conto a titolo “ di danni-interessi; perchè fu pel suo dolo, per la sua mala “ condotta, o per reato da lui commesso che divenne neces- “ sario destituirlo e furono cagionate spese al minore. Il tutore “ è responsabile di questo danno, come di qualunque altro “ derivato da colpa sua al pupillo „ (1). E pare a noi che questa sia l’applicazione più esatta dei veri principii. Il danno derivato al minore dal reato, dal dolo o dalla colpa del tutore che ha dato causa alla propria remozione, non consiste veramente in tutte le spese di quel conto ch’egli avrebbe ugualmente dovuto rendere alla fine della tutela, se anche non fosse stato rimosso; consiste soltanto nella anticipazione, resasi necessaria, di quel conto parziale, che dovrà poi essere riassunto nel conto generale da rendersi in fine di tutela dal nuovo tutore e formarne parte integrante, ciò che produrrà necessariamente la duplicazione di alcune spese. Ora, il fatto imputabile al tutore e che ne ha causata la remozione obbliga indubbiamente lui a risarcire ogni danno che ne sia derivato, secondo il principio proclamato nell’art. 1151 cod. civ., ma non può dar luogo inoltre ad un lucro in favore del danneggiato, come avverrebbe se il minore venisse completamente sollevato da quelle spese di rendiconto che avrebbe dovuto sostenere, quand’anche non si fosse verificata la rimozione del tutore; per esempio tutte quelle riguardanti i documenti giustificativi annessi al conto. Ciò dunque dimostra, a veder nostro, l’esattezza del principio che le spese di rendiconto debbano, anche in questo caso, ritenersi *a carico del minore*, salvo potersi condannare il tutore rimosso al pagamento di tali spese a titolo di risarcimento di danni; e spiega nel mede-

(1) V. Laurent, t. V, n. 137.

simo tempo quale interesse pratico possa esservi in questa distinzione.

Le spese, di cui parla l'art. 305, § 2, sono quelle *del conto definitivo di tutela*, quelle, cioè, che al rendimento di tale conto siano inerenti, e per esso necessarie, come le spese di bollo, registro, compilazione del conto, rilievo e classificazione dei documenti giustificativi. E quanto a queste non vi ha dubbio che debbano stare a carico del minore, qualunque sia la forma in cui il conto sia reso, tanto in via amichevole, che giudiziale. Se il tutore non ha potuto accordarsi in una liquidazione di conti con l'amministrato o chi per lui, ed ha dovuto rimettersi alla giustizia, non è questa una ragione perchè debba assumere a proprio carico le spese del conto, che, anche davanti all'autorità giudiziaria, si rende pur sempre nel solo interesse dell'amministrato. Ma se, per la renitenza del tutore a presentare il conto, sia stato necessario, per costringervelo, di agire contro di lui in giudizio, le spese a questo relative devono essere poste, com'è naturale, a suo carico. E, qualora, nel procedimento per la liquidazione del conto siano state sollevate contestazioni, nelle spese corrispondenti dev'essere condannata quella delle parti che rimanga soccombente, secondo la regola generale scritta nell'art. 370, § 1°, del codice di procedura civile, salvochè l'autorità giudicante riconosca, a suo prudente criterio, esservi giusti motivi per dichiarare compensate le spese tra i contendenti, come è ammesso dal § 2 del medesimo articolo. Tutto ciò è ritenuto senza contraddizioni in dottrina e in giurisprudenza (1).

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 104; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 12; Laurent, t. V, n. 136.

4. *Della composizione del conto.*

Sommario. — 313. Principii generali. — 314. Delle partite dell'esatto. — 315. Delle partite dello speso.

313. Secondo l'art. 320 del codice di procedura civile, ogni rendiconto deve contenere: 1° lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto; 2° le partite dell'esatto; 3° le partite dello speso; 4° i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi; 5° un riepilogo.

Quantunque codeste regole non siano, a rigore, applicabili al rendiconto tutelare fuorchè nel solo caso che sia dato in giudizio, perchè, come osservammo, pel rendiconto amichevole non è prescritta dalla legge nessuna forma o solennità speciale, onde tutto rimane abbandonato alla libera volontà delle parti interessate, non è men vero però che sono regole di ragione, attendibili per sè stesse in ogni rendiconto, qualunque sia la forma, giudiziale o amichevole, in cui sia dato.

Il rendiconto deve porgere la dimostrazione particolareggiata di tutti i fatti verificatisi nella gestione e stabilire le ragioni di debito e credito da essa dipendenti, tra chi l'ha esercitata e l'amministrato. È quindi indispensabile partire da questo primo e fondamentale fatto, che è *lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto;* ossia trattandosi, come qui, d'un mandato generale ad amministrare, *lo stato del patrimonio pupillare confidato al tutore.*

Base del conto tutelare è quindi necessariamente *l'inventario*, che ha dovuto formarsi in principio della tutela. Può essere che la tutela sia stata esercitata successivamente da più persone, e il tutore che ha preceduto l'ultimo, dal quale è reso il conto definitivo, abbia dato il rendiconto dell'amministrazione propria, il quale, per essere stato giudiziale, oppure se amichevole, per essere stato approvato

dal consiglio di famiglia, abbia acquistato pur esso il carattere di definitivo, secondo la disposizione dell'art. 306. In tali casi, all'inventario supplisce pel tutore ultimo il conto stesso del suo predecessore, da cui deve risultare quale fosse in origine lo stato patrimoniale, e come sia stato modificato nel corso della precedente gestione, per le esazioni fatte e le spese sostenute, e come sia rimasto per i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi. Se invece il tutore ultimo non avesse curato di esigere i conti dei suoi predecessori, o se, anche resigli amichevolmente, codesti conti non fossero divenuti definitivi per mancanza dell'approvazione del consiglio di famiglia, lo stesso tutore ultimo dovrebbe render conto della intiera gestione della tutela e di tutta sarebbe personalmente responsabile verso l'amministrato, salvo, s'intende, il regresso che potrebbe esercitare verso gli altri tutori che lo avessero preceduto (1).

Il conto deve necessariamente contenere le partite dell'esatto e quelle dello speso, il cui bilancio dà per ultimo risultamento il reliquato dovuto dal tutore all'amministrato od all'opposto il residuo debito di questo verso quello. Tra le partite dell'esatto devono figurare, naturalmente, tutte le attività patrimoniali che siano state realizzate durante la gestione, in capitali rimborsati, prezzo di beni venduti od altro; come tutti i frutti, le rendite, gl'interessi percepiti o riscossi, non che tutto quello che, sia quale sostanza capitale, sia per le rendite o gl'interessi, avrebbe dovuto il tutore medesimo versare nella cassa tutelare come debito proprio, tanto se tali debiti dipendano da cause estranee alla tutela, quanto se dipendano dalla gestione stessa, per fatti od omissioni di cui il tutore debba rispondere verso l'amministrato.

Fra le partite dello speso debbono apparire tutte le somme legittimamente pagate dal tutore in nome ed a

(1) V. sopra, n. 307, pag. 1484 e segg. — Confr. Demolombe, t. VIII, n. 106; Laurent, t. V, n. 128, pag. 141.

scarico del tutelato, per qualunque titolo, sia poi di mantenimento, educazione ed istruzione del minore, sia di amministrazione patrimoniale, sia di restituzione di capitali, di pagamento del prezzo di beni acquistati, di soddisfacimento di legati, sia di pagamento di rendite o d'interessi, sia di spese per riparazioni ordinarie o straordinarie od altro; come pure le somme che per alcuno dei predetti titoli fossero dovute dall'amministratore al tutore, il quale perciò avesse potuto legittimamente esigerle per se stesso.

Da ultimo deve pure necessariamente farsi constare dal conto quali siano *i residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi*, affinchè dal confronto coll'inventario risulti quali siano i beni che dal tutore cessato debbano consegnarsi all'amministrato od a chi lo rappresenti.

Ciò che abbiam detto basta a porre in rilievo l'intima colleganza che esiste tra quanto concerne l'intrinseco del rendiconto tutelare ed i principii relativi ai poteri ed alle obbligazioni del tutore, dei quali ci siamo altrove ampiamente occupati. Crediamo perciò di poter qui limitarci a brevi cenni intorno a ciascuna delle due parti attiva e passiva del rendiconto, riferendoci pel resto ai principii predetti.

314. Tutte le cose che durante il corso della tutela siano state ricevute per qualunque titolo dal tutore in rappresentanza del minore, siano poi somme di danaro od altri oggetti, devono apparire dalla parte attiva del conto, senzachè il tutore possa esimersi dal renderne ragione allegando che quelle somme e quegli oggetti non fossero dovuti al minore, o che il loro acquisto provenisse da un fatto illecito da lui commesso. Posto per vero che qualche cosa ricevuta dal tutore non fosse dovuta al minore, ciò però non darebbe alcun titolo al tutore stesso per ritenerla a proprio profitto. All'opposto anzi, il titolo precario per cui l'avrebbe ricevuta e la possederebbe in nome del minore l'obbligherebbe a renderla a questo, salve le azioni che il

vero proprietario potrebbe esercitare contro il minore stesso. È questo un principio generale, espressamente proclamato dalla legge in materia di mandato (art. 1747 cod. civ.), e del quale non può negarsi l'applicabilità anche al mandato legale del tutore (1). I fatti illeciti, poi, che il tutore avesse commessi non potrebbero mai essere da lui addotti, allo scopo di far proprio il profitto che ne avesse ricavato agendo in nome dell'amministrato (2).

Se alcuno degli oggetti ricevuti dal tutore in rappresentanza del minorenne durante la gestione, o alcuno di quelli apparenti dall'inventario, più non esista nel patrimonio pupillare, il tutore è tenuto a giustificarne il perimento, o la conversione in altri beni, o l'impiego che ne sia stato fatto.

Nella parte attiva il tutore dovrebbe portare l'ammontare dei crediti che egli avrebbe dovuto riscuotere pel minore, qualora, per colpa del tutore medesimo, fossero divenuti inesigibili, per esempio perchè li avesse lasciati prescrivere, se fossero crediti di tale natura da essere soggetti alla prescrizione anche in danno di minorenni (art. 2145, confrontato col 2120, § 1°, cod. civ.), o perchè, avendo mancato per sua negligenza di promuovere la autorizzazione del consiglio di famiglia al fine di poterli esigere alla scadenza, fossero posteriormente divenuti insolventi i debitori.

Dovrebbe parimente nella parte attiva render conto degl'interessi delle somme che non avesse impiegate entro il termine prescritto dal consiglio di famiglia o dalla legge, secondo l'art. 291 del codice civile, non che di quelli dei capitali che avesse omesso di riscuotere o di rinvestire a norma delle deliberazioni del consiglio stesso. Così pure dovrebbe render conto dei danni ed interessi corrispondenti alle deteriorazioni che, per sua negligenza, avesse

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 109; Laurent, t. V, n. 132, pag. 148.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 110.

lasciato commettere da altri nei beni del minore, o vi avesse lasciato sopravvenire per mancanza delle riparazioni necessarie.

315. Nella parte passiva “ si ammettono in favore “ del tutore tutte le spese che siano *sufficientemente giu-* “ *stificate* e *riconosciute utili* al minore „ (art. 305, § 3, cod. civ.). La *sufficienza della giustificazione* è un punto di fatto la cui decisione dipende dalle circostanze particolari, il cui apprezzamento è rimesso incensurabilmente alla prudenza dell'autorità giudicante in merito nel caso di contestazione.

È certo però che il tutore non può esser tenuto sempre a giustificare con prove scritte le spese da lui sostenute pel minore; ma possono essere ammesse, anche sull'allegazione giustificata delle circostanze, quelle spese, del pagamento delle quali non si può o non si suole riportare ricevuta, qualora siano verosimili e ragionevoli. È ciò che la legge dichiara espressamente in ordine allo stesso rendimento dei conti in giustizia, riservato, però, all'autorità giudiziaria, se lo creda necessario, di deferire a chi rende il conto il giuramento sulla verità di tali partite (art. 324 cod. proc. civ.). Così è fatta in materia di rendiconto una eccezione ai principii generali riguardanti le prove delle obbligazioni e della loro estinzione; poichè, secondo tali regole generali, non sarebbe ammissibile nè la prova testimoniale nè quella per presunzioni sopra un oggetto di valore eccedente le 500 lire (art. 1341, 1354 cod. civ.), neppure trattandosi di più domande comprese nel medesimo giudizio, ciascuna delle quali fosse inferiore alle 500 lire, ma che, riunite, eccedessero tale somma (art. 1345 cod. civ.).

L'utilità delle spese è anch'essa un punto di fatto, il cui apprezzamento può essere più o meno facile, secondo le circostanze, ma che in ogni caso è rimesso al prudente criterio dei tribunali. Più facilmente potranno

ammettersi come utili pel minorenne quelle spese, d'altra parte giustificate, che il tutore abbia fatte in seguito ad autorizzazione datane dal consiglio di famiglia; sebbene però non sia da ritenersi come regola assoluta che codesta autorizzazione valga in diritto a liberare il tutore da ogni responsabilità sua personale in ordine all'atto autorizzato.

Per valutare poi l'utilità dell'oggetto in cui sia stata erogata la spesa, devesi avere riguardo a ciò che l'interesse del minore esigeva o consigliava, secondo le circostanze del tempo in cui la spesa fu fatta, tenuto conto di ciò che a quel tempo e in quelle circostanze avrebbe potuto operare un buon padre di famiglia; ma non sono da considerarsi gli avvenimenti posteriori, che abbiano anche reso frustraneo del tutto o meno utile quello che al tempo in cui fu fatto dovea riguardarsi come conveniente.

5. *Degli effetti del rendiconto approvato specialmente in ordine al reliquato ed alla decorrenza dei relativi interessi.*

Sommario. — 316. Principii generali intorno agli effetti derivabili dalla definitiva approvazione del rendiconto della tutela. — 317. Eccezioni fatte dalla legge alle regole comuni circa la decorrenza degl'interessi, per le somme risultanti dal rendiconto definitivo a carico del tutore o del minore. — 318. Motivi e limiti della massima stabilita per gl'interessi sul residuo debito del tutore. — 319. Motivi della massima stabilita per la decorrenza degl'interessi sulla somma che dal minore sia dovuta al tutore. — 320. Casi nei quali può farsi luogo a rettificazione del conto approvato, ed effetti che ne possono derivare.

316. L'approvazione definitiva del rendiconto tutelare ha per effetto di accertare le relazioni di debito e credito fra tutore e tutelato; di guisa che il primo rimane tenuto a pagarne il reliquato ed a restituire tutti gli oggetti appartenenti al minore, secondo le risultanze del rendiconto confrontato coll'inventario; il secondo deve rilasciare al tutore completa liberazione in seguito al pagamento del reliquato ed alla consegna dei beni, od anche rimborsarlo della somma della quale invece risultasse creditore.

Tutto ciò ha luogo qualunque sia la forma, giudiziale od amichevole, in cui il conto sia stato reso; e qualunque sia la persona che, secondo i casi, lo abbia ricevuto, purchè, s'intende, ne abbia avuti i poteri dalla legge ed abbia adempite le formalità a cui l'esercizio di tali poteri fosse dalla legge medesima subordinato per la valida approvazione del conto. Così gli accennati effetti deriveranno perfettamente senz'altro dal rendiconto, che, in caso di morte dell'amministrato durante la minore età, sia stato accettato dagli eredi di lui, i quali siano pienamente capaci; poichè nessuna formalità speciale fu, nè poteva essere, prescritta per loro. Ma se il conto sia stato reso all'amministrato

stesso divenuto maggiore, bisognerà che egli sia stato assistito nell'esame del conto dal protutore o da altra persona designata, in mancanza di quello, dal pretore (art. 307 cod. civ.); se il minore sia stato emancipato, sarà necessario ch'egli sia stato assistito dal curatore, il quale abbia consentito nella approvazione del rendiconto (art. 316 cod. civ.); se sia avvenuto un semplice cangiamento di tutore, converrà che, oltre alla presenza del protutore, sia intervenuta l'approvazione del consiglio di famiglia (art. 306 cod. civ.).

Un altro effetto dell'approvazione definitiva del rendiconto consiste nella cessazione di quelle capacità ch'erano stabilite dalla legge a carico del tutore, facendole dipendere, anzichè da questa semplice qualità, da quei rapporti fra tutore e tutelato, che si estinguono completamente soltanto coll'approvazione definitiva predetta. Intorno a ciò abbiamo già esposta qualche considerazione, alla quale ci riferiamo (1). Qui ci limitiamo a ricordare che, dopo approvato definitivamente il conto della tutela, il tutore può fare liberamente col già suo amministrato tutte quelle convenzioni che gli erano prima vietate dall'art. 307, § 2, può approfittare delle disposizioni testamentarie o di donazioni che l'amministrato faccia d'allora in poi a favore di lui (art. 769, 1053), può giovarsi contro l'amministrato della prescrizione, il cui corso può, da quel punto, cominciare, o cessa d'essere sospeso (art. 2119, § 3). Si è dubitato se a far cessare codeste incapacità basti veramente la definitiva approvazione del rendiconto tutelare, o sia necessario inoltre che il tutore abbia soddisfatto il reliquato che ne risulti a suo carico. Ma fu osservato assai giustamente che la legge non parla se non della *definitiva approvazione del conto*, e, trattandosi d'incapacità, non può esser lecito estenderla, neppure in riguardo al tempo di sua durata, oltre quanto i termini espressi della legge portino; che, d'altra

(1) V. sopra, n. 297, pag. 1443, 1445.

parte, l'approvazione definitiva del conto, indipendentemente dal pagamento del reliquato, basta a far cessare i motivi di quelle incapacità; essendo allora veramente finiti fra il tutore e il tutelato quei rapporti la cui pendenza giustificava la proibizione d'alcuni atti fra loro, e tutto riducendosi, ormai, a semplici ragioni di debito e credito liquido ed esigibile (1). Così non potrebb'essere dubbia la piena efficacia della condonazione, che, per atto fra vivi o d'ultima volontà, l'amministrato facesse in pro del tutore, di quel reliquato che risultasse dal rendiconto validamente e definitivamente approvato.

È stato insegnato che " l'approvazione definitiva del " conto produce ancora l'importante effetto d'intervertire " il titolo del possesso del tutore o de' suoi eredi, e di dar " luogo a potersi cominciare ormai in loro favore un pos- " sesso utile per gli effetti della prescrizione „ (2). Sembra però da preferirsi, per quanto sia disputabile, l'opinione opposta: che, cioè, non solo la cessazione dello stato di tutela, ma nemmeno il rendimento e l'approvazione valida del conto definitivo possano bastare a dar corso in favore del tutore e degli eredi di lui ad una prescrizione acquisitiva della proprietà dei beni del minore, se non sia inoltre intervenuta qualcuna di quelle cause per le quali la legge tassativamente ammette potersi verificare un'interversione del possesso precario di quei beni dipendente dall'esercizio della tutela.

Vi sono alcune massime espresse nel testo del codice, e che ci sembrano per sè medesime pressochè decisive della questione attuale.

È impedita assolutamente la prescrizione acquisitiva a coloro che posseggono in nome altrui ed *ai loro successori a titolo universale* (art. 2115 cod. civ.). È dunque inammissibile il pensiero che la semplice cessazione del

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 130; Laurent, t. V, n. 141.

(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 131; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 643, pag. 446, n. 1.

mandato legale del tutore sia sufficiente a render possibile la prescrizione acquisitiva dei beni appartenenti al tutelato; giacchè in tale ipotesi la morte del tutore estinguendo il mandato di lui, che è personale, dovrebbe dar luogo alla prescrizione in favore degli eredi, ciò che è assolutamente escluso dalla disposizione ora citata.

“ Quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, “ si presume sempre che il possesso abbia continuato con “ lo stesso titolo, qualora non siavi prova in contrario „ (art. 687, § 2, cod. civ.); e questa prova non può derivarsi che da una *interversione*, per la quale “ il titolo del possesso si trovi mutato *o per causa proveniente da un terzo, o in forza delle opposizioni fatte dal possessore contro il diritto del proprietario* „ (art. 2116 cod. civ.). Non può dunque bastare l’estinzione legale del titolo, in virtù di cui si esercitava il possesso precario, non può bastare la volontà del possessore per mutarne la causa e cominciare a possedere i beni come proprii al fine di prescriverne la proprietà; ma bisogna che si verifichi una delle due cose previste dalla legge: o il sorgere d’una nuova causa di possesso proveniente da un terzo, o l’opposizione fatta dal possessore ai diritti del proprietario. E quando pure il mandato tutorio sia finito, quando pure il conto dell’amministrazione sia definitivamente reso ed approvato, il tutore, o chi gli è succeduto quale erede, continua sempre a possedere precariamente, poichè unicamente da un titolo precario ha cominciato il suo possesso. Non potrebb’essere altrimenti, se non quando avesse da allegare un atto a titolo oneroso o gratuito, pel quale una terza persona gli avesse trasmessa la proprietà dei beni precedentemente da lui posseduti a titolo di tutela (*causa proveniente da un terzo*), ovvero quando, chiestagli la restituzione dei beni stessi per la finita tutela, vi si fosse opposto pretendendo che gli appartenessero in proprio (*opposizione fatta contro il diritto del proprietario*).

L’opinione contraria posa sull’idea che il rendiconto definitivamente approvato valga come titolo nuovo, e

distrugga il precedente della tutela, per cui si possedeva precariamente; sicchè il possesso posteriore sia allegabile come efficace per la prescrizione. Ma quest'idea sembra manifestamente inesatta sotto più aspetti. Prima di tutto il rendiconto, che è semplicemente il mezzo di accertare ciò che è dovuto in dipendenza dell'esercizio della tutela, non può essere distruttivo del titolo precario di possesso che si associava alla tutela stessa. È sempre per lo stesso titolo originario, e in nome dell'amministrato, che il tutore ne possiede i beni, non ostante l'approvazione del conto, che determina quali siano veramente i beni da restituirsi. Eppoi, dato pure che potesse questo considerarsi come un titolo nuovo, non sarebb'esso ugualmente precario? Certamente; poichè quel titolo, non avendo appunto altro effetto che di accertare i beni da restituirsi, come appartenenti al minore, non lascia considerare che come esercitato *in nome altrui* il possesso conservato frattanto da chi è tenuto a tale restituzione (1).

317. Il *reliquato*, cioè il residuo debito del tutore, rappresentato dall'eccedenza dell'esatto sullo speso, secondo le risultanze del rendiconto definitivo della tutela, e parimente la somma che dal conto stesso risulti invece dovuta dal minore al tutore, se l'uno o l'altro debito non venga immediatamente soddisfatto, possono divenire produttivi d'interessi a titolo di risarcimento di danni pel ritardo nell'eseguire la relativa obbligazione (art. 1231, § 1°, codice civile).

Secondo le regole generali, quegl'interessi dovrebbero cominciare a decorrere dal giorno in cui chi li deve fosse stato costituito in mora (d.° art. 1231, § 2, cod. civ.); e, poichè non si tratta d'obbligazione pel cui adempimento sia prefisso un termine, la costituzione in mora e la conseguente decorrenza d'interessi, non potrebbe quindi

(1) V. Aubry et Rau, t. II, § 180, n[i] 8, 9.

aver luogo che *mediante un'intimazione od altro atto equivalente* (art. 1223, § 3, cod. civ.).

A queste regole è però fatta eccezione dalla legge a riguardo del residuo debito che risulti dal conto finale della tutela, o sia quel debito a carico del tutore per un reliquato attivo, o sia a carico del minore per un residuo passivo. Vi è fatta eccezione nel primo caso collo stabilire che: " La somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore " produrrà interesse dal giorno della ultimazione del conto, " senza che occorra di farne la domanda „ (art. 308, § 1°, cod. civ.); talchè, in derogazione alla massima che richiederebbe la costituzione in mora, gl'interessi si fanno decorrere per legge a carico del tutore per la sola approvazione definitiva del conto. Vi è fatta eccezione nel secondo caso dichiarando che: " Gl'interessi della somma, che dal minore " fosse dovuta al tutore, non decorreranno *se non dal giorno " della domanda giudiziale, fatta dopo la ultimazione del " conto* „ (art. 308, § 2, cod. civ.): derogando con ciò in duplice aspetto ai principii comuni, sia non ritenendo sufficiente per la costituzione in mora *una intimazione od altro atto equivalente*, ma richiedendo una formale *domanda in giudizio*, sia vietando che tale domanda possa farsi efficacemente per la decorrenza degl'interessi, *se non dopo la ultimazione del conto.*

Quali siano stati i motivi di queste disposizioni, e quale sia la estensione da attribuirsi a ciascuna di esse, ci riserbiamo di esaminarlo nei numeri seguenti. Frattanto ci limiteremo a qualche osservazione, che riteniamo comune ad ambedue le disposizioni predette.

Il testo parla della " somma a cui ascenda il residuo " debito *del tutore* „ e di quella " che *dal minore* sia dovuta " al tutore „. Donde potrebbe nascere il dubbio se, trattandosi di disposizioni d'indole eccezionale, fossero esse estensibili ai casi in cui il conto si liquidasse, non veramente fra le persone stesse del minore e del tutore, ma *cogli eredi* dell'uno o dell'altro. Certo è che simili casi, i

quali possono verificarsi tanto perchè la tutela sia finita, o assolutamente per la morte del minorenne, o relativamente per la morte del tutore, quanto perchè uno di essi sia mancato dopo già finita la tutela, non si trovano previsti espressamente nelle disposizioni surriferite. Esse però, com'è evidente, sono dirette a regolare gli effetti da attribuirsi alla liquidazione definitiva del conto; e se parlano unicamente del *minore* e del *tutore*, è perchè tra essi soli si sono verificate in origine quelle relazioni di debito e credito, che costituiscono l'oggetto del conto medesimo. Sotto questo aspetto, pertanto, crediamo che le suddette disposizioni, quantunque arrecanti eccezioni alle regole comuni circa la decorrenza degli interessi sulle somme dovute per qualsiasi titolo di obbligazione ordinaria, siano da riguardarsi come generali nella soggetta materia, e siano da applicarsi alla decorrenza degli interessi sul reliquato attivo o sul residuo passivo del conto tutelare, senza distinguere se questo si liquidi tra le persone stesse del minore e del tutore, o cogli eredi dell'uno o dell'altro. Vero è che alcuni dei motivi, da cui vedremo essere state ispirate quelle disposizioni, si riferiscono propriamente alle relazioni personali tra il tutore e l'amministrato. Ma se, avuto riguardo al maggior numero dei casi, in cui sarà pure tra le persone stesse del tutore e dell'amministrato che avverrà di fatto anche la ultimazione del conto; se, considerato che nei casi stessi meno frequenti, in cui la liquidazione avvenga, od almeno il reliquato o il residuo passivo si saldi allorchè al minore od al tutore siano subentrati gli eredi rispettivi, anche rispetto a questi possono continuare ad influire quelle medesime relazioni personali che esistevano fra il tutore e l'amministrato; se, avuto riguardo a tutto ciò, il legislatore ha stimato opportuno di fare disposizioni generali, che regolano senza distinzione di casi la decorrenza degli interessi sul reliquato o sul residuo debito risultante da qualsiasi rendiconto definitivo della tutela: non crediamo lecito all'interprete di fondarsi

sui soli motivi della legge per limitarne le disposizioni, per introdurvi distinzioni ch'essa non fa. Accettiamo quindi la proposizione enunciata da un illustre giureconsulto francese che “ la disposizione dell'art. 474 (308 del codice “ Italiano) *non è personale* nè al minorenne divenuto “ maggiore di età, nè all'ex-tutore, ma è parimente appli- “ cabile anche agli eredi dell'uno e dell'altro „ (1).

Le disposizioni dell'art. 308 contemplano veramente il solo caso di rendiconti tutelari dati e chiusi in via puramente amichevole. Il primo paragrafo di questo articolo stabilisce infatti la decorrenza *ipso jure* degl'interessi sul reliquato, dal giorno dell'ultimazione del conto, dichiarando che *non occorre di fare la domanda* di tali interessi. Il secondo paragrafo nega al tutore gl'interessi sulla somma che gli resti dovuta dal minore, fino al giorno della *domanda giudiziale fatta dopo la ultimazione del conto.* Ciò tutto presupporrebbe che il conto fosse stato reso ed approvato senza le forme giudiziali. Tuttavia i termini generici in cui è concepita la prima parte dell'art. 308, dove è detto che “ la somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore “ produrrà interesse dal giorno dell'ultimazione del conto „ possono lasciar luogo a dubitare se, nel caso di rendiconto giudiziale, debbano applicarsi per la decorrenza degl'interessi sul reliquato le regole comuni, oppure debba tale decorrenza computarsi soltanto dal giorno della sentenza che stabilisca l'ammontare del reliquato stesso. Per altro, la dottrina e la giurisprudenza furono concordi a risolvere codesta questione nel senso che “ qualora il conto “ della tutela non sia regolato amichevolmente, gl'interessi “ della somma, a cui ammonti il reliquato dovuto dal tutore “ abbiano a decorrere, non dal giorno della chiusura del “ conto, ma da quello della domanda fatta in giustizia „ (2).

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 135.

(2) V. Delvincourt, art. 474, n. 10, t. I, pag. 129; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 677; Zachariae, t. I, § 122, n. 7; Demolombe, t. VIII, n. 136; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 14; Laurent, t. V, n. 145.

Nè può negarsi che tale soluzione sia perfettamente giuridica. Non potendosi dubitare che l'art. 308 stabilisca eccezioni ai principii generali, che reggono le obbligazioni, ed essendo d'altra parte manifesto, come dimostrammo, che quell'articolo, per i termini stessi in cui è concepito, limita la sua disposizione ai casi di rendiconto amichevole, deve seguirne necessariamente che il caso di rendiconto giudiziale, poichè non è compreso nella eccezione, ricada sotto l'applicazione delle regole generali. D'altra parte l'ammettere che come pel rendiconto amichevole gl'interessi del reliquato si fanno decorrere *ipso jure* dal giorno della ultimazione del conto, così pel rendiconto giudiziale avessero a decorrere soltanto dalla pronunciazione della sentenza che lo liquidasse, tutt'altro che appoggiarsi fondatamente ad un argomento di analogia, contraddirebbe anzi agl'intendimenti della legge, rivolgendo contro il minorenne una disposizione che fu introdotta in suo favore. Nota egregiamente il Laurent: “Lo spirito della legge non lascia “ a questo riguardo alcun dubbio. Regolarmente il conto “ dev'essere reso dal giorno in cui la tutela cessa. Il “ tutore cagiona già un pregiudizio al minore, allorchè “ dimenticando i proprii doveri trascura di rendere il “ conto, e costringe il suo pupillo ad intentare un'azione “ in giustizia. Se, oltre a ciò, non si facessero decorrere “ gl' interessi che dopo la chiusura del conto, in seguito “ alla sentenza del tribunale, si permetterebbe al tutore di “ eludere la legge, e quindi violarla „.

Un'argomentazione simile non potrebbe veramente ripetersi quanto all'altra disposizione contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 308; chè se essa, per il caso di rendiconto amichevole, stabilisce in vantaggio del minorenne che gl'interessi della somma ch'egli debba al tutore non decorreranno *se non dal giorno della domanda giudiziale fatta dopo l'ultimazione del conto*, gioverebbe senza dubbio al minore stesso che una massima simile fosse pure applicabile al rendiconto giudiziale. Ma questo benefizio si

procurerebbe al tutelato facendo corrispondentemente subire una grave ingiustizia al tutore; il quale, oltre a non poter richiedere, come il mandatario ordinario, secondo l'articolo 1755, gl'interessi delle somme da lui anticipate, dal giorno del provatone pagamento (1), sarebbe costretto a lasciare infruttifero il proprio credito finchè non fosse compiuta l'ultimazione del conto, che forse artatamente verrebbe protratta. D'altro lato sarebbe anche una strana anomalia che il tutore, il quale essendo rimasto creditore di somme forse considerevoli, e non potendo indurre l'amministrato ad accettare un rendiconto amichevole, si trovasse nella necessità di citarlo egli stesso in giudizio per costringerlo a ricevere il rendiconto ed a pagare il residuo debito, non potesse contemporaneamente chiedere il pagamento degl'interessi da quel giorno in poi, e fosse obbligato a farne oggetto di nuova domanda dopo la liquidazione giudiziale del conto. Or come mai potrebbe ammettersi tutto questo, coll'estendere inoltre una disposizione eccezionale, che contempla il solo caso di rendiconto amichevole? Pensiamo perciò che nel caso di rendiconto giudiziale gl'interessi della somma, che dall'amministrato sia dovuta al tutore, decorrano, secondo la regola comune, dal giorno in cui l'amministrato stesso sia costituito in mora, nè sia indispensabile *una domanda giudiziale fatta dopo l'ultimazione del conto.*

318. La eccezione fatta ai principii generali, per ciò che concerne la decorrenza degl'interessi sul reliquato risultante a debito del tutore da un rendiconto amichevole, consiste — come osservammo nel numero precedente — nell'aver fissata quella decorrenza *dal giorno della ultimazione del conto*, prescindendo dalla regola comune che richiederebbe la *costituzione in mora* del debitore. Eviden-

(1) V. sopra, n. 287, pag. 1401, 1402.

temente è una disposizione di favore pel tutelato; verso il quale, quand'anche sia divenuto pienamente capace agli atti della vita civile, si è voluto continuare la protezione della legge in ciò che si riferisce alla tutela a cui fu soggetto per difenderlo dalla influenza che potrebbe ancora esercitare su lui, in danno de' suoi interessi, l'autorità del tutore e dell'abuso che potrebbe farsi della sua inesperienza. Fu per ciò che nell'art. 307, prevedendo il caso che l'amministrato fosse uscito di tutela *per maggiore età*, si proibì nondimeno ch'egli potesse, approvando il conto reso dal tutore, liberar questo efficacemente, se, nell'esame del conto medesimo, non fosse stato assistito dal protutore, o da altra persona designata all'uopo dal pretore. Ed è per ciò ancora, che quando sia stato reso e regolarmente approvato il conto, ma ne risulti un reliquato a debito del tutore, si è voluto rendere codesto reliquato produttivo *ipso jure* d'interessi, ovviando con ciò che il tutelato, per sentimenti di deferenza e rispetto verso il proprio tutore, od anche per arti che questi usasse approfittando della propria autorità e dell'inesperienza altrui, fosse trattenuto dall'agire giudizialmente contro il tutore e fargli intimazione pel pagamento. Fors'anche si è considerato che se il tutore, risultando debitore d'un reliquato, ne ritarda la consegna, è presumibile che ciò avvenga, o perchè abbia rivolte a proprio uso le somme spettanti al minore, o perchè si sia reso colpevole, se non altro, di negligenze o imprudenze, che abbiano cagionati danni da risarcirsi: nei quali casi il tutore stesso non avrebbe ragione di lagnarsi della decorrenza immediata, a suo carico, degl'interessi sulle somme dovute.

Abbiamo interpretato le parole della legge, che gl'interessi sul reliquato debbano decorrere *dal giorno della ultimazione del conto*, nel senso che questo debba essere stato *definitivamente e regolarmente approvato* per dar luogo a tale decorrenza; e ciò sembra evidente. Il rendiconto comprende naturalmente tre stadi: l'atto di presentarlo,

il processo della liquidazione, e l'atto dell'approvazione definitiva. Il pagamento del reliquato è da riguardarsi come atto di esecuzione, non come complemento del rendiconto. Finchè l'atto dell'approvazione definitiva non sia compiuto, *non può dirsi ultimato il conto*, che infatti *non forma ancora stato fra le parti;* e per poter dire *compiuto legalmente quell'atto*, è indispensabile che le condizioni richieste per l'efficace e definitiva liberazione del tutore siano state adempiute. Per altro non devesi dimenticare che le formalità richieste a tal uopo dagli art. 306, 307 e 316, cioè, secondo i casi, la presenza del protutore e l'approvazione del consiglio di famiglia, ovvero l'assistenza del protutore o d'altra persona destinata in sua vece, ovvero ancora l'assistenza ed il consenso del curatore, essendo state introdotte nel solo interesse del tutelato, a cui si rende il conto, la nullità dell'atto mancante di tali forme non può essere che relativa al tutelato stesso, al quale soltanto appartiene quindi la facoltà di far dichiarare in tali casi *inefficace la liberazione*, che apparirebbe ottenuta dal cessato tutore; mentre questi non ha invece alcuna azione per impugnare l'obbligazione del reliquato risultante a suo carico dal rendiconto da lui presentato, ed accettato, quantunque con atto relativamente nullo, dall'altra parte. Or se di tale facoltà si prevalga effettivamente l'amministrato uscito di tutela, è troppo chiaro che, annullato l'atto di approvazione del rendiconto, a quell'atto non potrà attribuirsi più alcun effetto, epperò neppur quello di far decorrere gl'interessi sulla somma del reliquato che ne risultava dovuto. Ma se al contrario l'atto di approvazione, sebbene mancante di qualche forma richiesta per la sua validità, non venisse impugnato, ed anzi l'amministrato chiedesse in base a quel medesimo conto il pagamento del reliquato, è altrettanto chiaro che su questo dovrebbero computarsi, giusta l'art. 308, § 1°, anche gl'interessi, partendo dal giorno in cui l'approvazione definitiva, ancorchè irregolare, del conto fosse stata emanata.

Pel resto bisogna pure aver presente il principio che la disposizione di legge di cui parliamo è *eccezionale*, e perciò non può essere estesa nelle sue applicazioni oltre a quanto vi è espressamente contemplato. Essa considera unicamente *la somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore*, ossia il reliquato, il quale è costituito dall'eccedenza di ciò che il tutore, *come tale*, ha esatto o doveva esigere, su ciò che ha effettivamente speso. Non può dunque applicarsi per le somme, delle quali pure l'amministrato sia creditore verso il proprio tutore, ma per cause estranee alla tutela, o posteriori alla cessazione di essa.

Sul primo dei punti ora accennati vi è però controversia. Un'opinione autorevolissima è sôrta a sostenere che la eccezione fatta al diritto comune dall'art. 474 del codice Francese (pari al 308 del cod. Italiano) *non debba essere limitata ai fatti della tutela*, e che anche *i crediti che il minore possa avere verso il tutore per cause completamente indipendenti dalla tutela* debbano produrre di pien diritto gl'interessi dal giorno della ultimazione del conto, come facienti parte del reliquato; perchè *l'eccezione predetta è fondata sui rapporti personali, che la tutela stabilisce fra tutore e amministrato*, e perchè *tutti i crediti del minore debbono figurare nella parte attiva del conto* (1). Una proposizione teorica formulata in questi termini così generali non ci parrebbe veramente da accettarsi. È innegabile che la eccezione di cui si parla sia fondata sulle relazioni personali fra tutore e amministrato; poichè, come notammo, fu appunto in vista degli ostacoli derivabili da tali relazioni, a farsi dall'amministrato uscito di tutela gli atti necessari per attivare la decorrenza degli interessi sul proprio credito, che il legislatore s'indusse ad ordinare una tale decorrenza *ipso jure*. Ma è altrettanto certo che la disposizione eccezionale dettata per tali motivi non ha altro oggetto che il reliquato del rendiconto tutelare, vale

(1) V. Laurent, t. V, ni 143, 144.

a dire del conto riguardante tutti e soli quei fatti giuridici che all'amministrazione della tutela si riferiscono. Come potrebbero dunque esservi compresi dei crediti del minore *affatto estranei* alla tutela? Nè importa che nell'art. 308 (474 del cod. Francese) non si leggano le identiche espressioni del successivo art. 309 (475 cod. Francese), ove è parlato di *ragioni relative alla tutela*. La prima di queste disposizioni spiega abbastanza chiaramente lo stesso concetto parlando di *residuo debito del tutore*, poichè come tali non sono da qualificarsi fuorchè quelli che egli abbia contratti *in tale qualità*. D'altra parte, i soli motivi della legge, per quanto siano riferibili alle relazioni personali fra tutore e amministrato, non possono autorizzare ad estendere una disposizione eccezionale di essa ad altro oggetto fuor di quello che la legge medesima ha espressamente contemplato, e che è nella specie il residuo debito dipendente dalla gestione tutoria, e non altro. Se non che il lodato autore fa entrare nella sua teoria la supposizione che il credito del minore contro il tutore, sebbene dipendente in origine da causa estranea alla tutela, *sia divenuto esigibile durante l'esercizio di essa:* e ciò cangia completamente, a veder nostro, l'aspetto della questione. Abbiamo infatti notato già in altra occasione, che, allorquando un tutore, essendo in mora per il pagamento d'una somma dovuta al minore, il cui termine sia scaduto durante il corso della tutela, non abbia eseguito il corrispondente versamento nella cassa tutelare, diviene da quel giorno debitore, nella qualità sua di mandatario legale, di quella somma che prima doveva per un titolo diverso, perchè nella detta qualità avrebbe dovuto esigerla da se medesimo, come sarebbe stato obbligato sotto la propria responsabilità a riscuoterla da un terzo che ne fosse debitore (1). Allora dunque non è più estraneo alla tutela quel credito che, se non aveva in origine una causa dipendente dalla

(1) V. sopra, n. 205, pag. 946 e segg.

tutela stessa, l'acquistò poi per la mancanza del tutore all'adempimento dell'obbligo, che gli incombeva in tale qualità, di realizzar quel credito, come qualunque altro del minore; epperò questa pure diviene una partita che deve figurare nella parte attiva del rendiconto tutelare, poichè è tra quelle, che, se non furono esatte per colpa di lui, debbono esser poste a suo carico per la responsabilità che ha contratta.

Altrettanto crederemmo potersi ritenere pel caso che il credito del minorenne verso il tutore fosse venuto a scadere dopo che quest'ultimo, avendo cessato di diritto dalle sue funzioni, avesse tuttavia continuato ad esercitare la tutela di fatto, se pure si ammetta, come parve a noi, che questa debba produrre fra tutore e amministrato i medesimi effetti della tutela di diritto (1); giacchè, posto ciò, anche quello speciale effetto, che è determinato dall'art. 308, § 1, nella decorrenza degl' interessi sul reliquato del rendiconto di tutela ultimato, dovrebbe verificarsi in ordine ai crediti del minore verso il tutore divenuti esigibili in quel frattempo, e rimasti in reliquato.

Ma se si supponga che il credito del minore sia venuto a scadere dopo cessato assolutamente lo stato di tutela; l'amministrazione che il cessato tutore avesse in fatto continuata non potendo, come almeno a noi parve, ritenersi soggetta alle regole comuni della tutela, se non per gli atti dipendenti dall'anteriore gestione e complementari di essa, o meramente conservativi, od urgenti (2), e in nessuna di queste categorie potendo collocarsi la riscossione del capitale che il tutore medesimo dovesse, secondo la fatta ipotesi, al minore, il credito corrispondente non dovrebbe quindi figurare compreso nel rendiconto dell'amministrazione tutelare, nè l'ultimazione di esso potrebbe

(1) V. sopra, n. 296, pag. 1438 e segg.
(2) V. detto n. 296, pag. 1441, 1442.

dar luogo alla decorrenza degl'interessi di quel credito come faciente parte del reliquato.

Tutto ciò spiega eziandio in quali limiti abbiamo intesa la massima sopra enunciata, che la disposizione dell'articolo 308, § 1, non sia da applicarsi ai debiti del tutore verso il minore dipendenti da cause posteriori alla cessazione della tutela.

È stato osservato da alcuni autori, che, quand'anche dopo la definitiva approvazione del conto fosse avvenuta intorno ad esso una di quelle convenzioni che erano previste nell'art. 472 del codice Francese (307, § 2, del codice Italiano), e in tale convenzione nulla fosse stabilito in ordine agl'interessi del reliquato, ed all'ipoteca legale che lo guarentisce, non mancherebbe per ciò la decorrenza degl'interessi dal giorno dell'ultimazione del conto, secondo l'art. 474 cod. Francese (308, § 1, cod. Italiano), nè cesserebbe di avere piena efficacia l'ipoteca legale (1). Nè intorno a ciò si presenta veruna difficoltà grave. Per cercarne una, bisognerebbe pensare che la supposta convenzione avesse prodotto *novazione* del debito del tutore, risultante dal conto ultimato. E certamente, se dall' atto apparisse chiara la volontà delle parti di estinguere quel debito sostituendogliene uno nuovo (art. 1267, n. 1, 1269 codice civile), non sarebbe possibile parlar più di decorrenza d'interessi in virtù dell'art. 308, § 1, sull'antico debito, giacchè questo avrebbe cessato di esistere, nè il nuovo potrebbe produrre interessi che non fossero stati convenuti; e l'ipoteca del credito anteriore non passerebbe in quello che gli fosse stato sostituito, salvo il caso d'una espressa riserva (art. 1274 cod. civ.). Ma la novazione non si presume (d°. art. 1269 cod. civ.); e quando non si avesse manifesta la dimostrazione d'una diversa volontà delle parti, la convenzione fatta intorno al conto anteriormente e definitivamente approvato, dovrebbe riguardarsi come contenente la sem-

(1) V. Duranton, t. III, n. 640; Demolombe, t. VIII, n. 138.

plice ricognizione delle obbligazioni accertate col conto medesimo, e l'accordo delle parti intorno al modo di regolarne l'esecuzione: ciò che lascierebbe luogo senza dubbio alla decorrenza degl'interessi, secondo la legge, sul reliquato del conto, nè potrebbe pregiudicare alla guarentia della ipoteca legale. Un'altra obbiezione fu immaginata, osservando che il riconoscimento del debito per iscritto produce, secondo l'art. 2274, § 2, cod. Francese (2141, § 2, codice Italiano), la interruzione delle brevi prescrizioni determinate dagli articoli precedenti; e che da ciò potesse argomentarsi costituire quel riconoscimento una specie di novazione del debito. Ma questo pure sarebbe un argomento manifestamente insostenibile. Altro è che il corso della prescrizione estintiva d'una obbligazione sia interrotto, e ciò dia luogo a sostituirsi la nuova decorrenza della prescrizione ordinaria a quella più breve che in forza della interruzione fu privata di effetto; ed altro è che un semplice riconoscimento del debito possa pareggiarsi ad una vera novazione, così da far perdere al debito riconosciuto il carattere suo anteriore, togliergli la produttività degli interessi, spogliarlo delle guarentie che lo assicuravano. Quest'ultima idea è manifestamente inammissibile.

Il testo della nostra legge si presta poi a risolvere con sicurezza, a quanto ci sembra, un altro punto di questione, intorno a cui vi era divergenza di opinioni tra i due autori sopracitati. Essi ammettevano che, non ostante la prescrizione decennale, con cui si estingue qualunque *azione del minore contro il tutore relativa alla tutela* (art. 475 codice Francese; 309, § 1°, cod. Italiano), l'approvazione definitiva del conto valesse a conservare per tutto il tempo della prescrizione ordinaria trentennale il credito del reliquato risultante dal conto approvato. Ma l'uno di essi sosteneva che spirando il decennio cessasse la decorrenza legale degli interessi su quel reliquato, e cessasse l'effetto dell'ipoteca legale, rimanendo all'amministrato pel residuo tempo della prescrizione ordinaria un semplice credito chirografario

e infruttifero (1); mentre dall'altro si diceva che se l'obbligazione pel reliquato aveva a durare trent'anni, essa doveva rimanere per tutto quel tempo quale era, con la sua causa relativa sempre alla tutela, e quindi anche con la sua guarentia ipotecaria (2).

Il legislatore italiano ha dichiarato espressamente nel secondo paragrafo dell'art. 309 che la prescrizione decennale, stabilita nel paragrafo precedente *per tutte le azioni relative alla tutela, non si applica all'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo.* Ciò esclude evidentemente ogni possibilità di effetti quali che siano della prescrizione decennale sulla obbligazione del reliquato; e sarebbe quindi apertamente contrario al testo stesso della legge nostra l'ammettere che la prescrizione decennale producesse anche rispetto a quell'obbligazione l'effetto parziale di farne cessare la decorrenza dagl'interessi legali e l'efficacia dell'ipoteca. La sola prescrizione ordinaria di trent'anni può, secondo il testo espresso della nostra legge, estinguere *l'azione pel pagamento del reliquato*, e con essa anche gli accessorii degl'interessi e dell'ipoteca.

E se così è, come non pare dubitabile, è chiaro ancora che una convenzione intervenuta sul conto già definitivamente approvato, non potrebbe certamente avere per effetto di sottoporre alla prescrizione speciale di dieci anni gli accessorii d'una obbligazione principale, che la legge non vi volle soggetta.

Un'altra osservazione è stata fatta intorno alla disposizione che fa decorrere *ipso jure* gl'interessi legali sul reliquato dal giorno della ultimazione del conto: e cioè, che “ gl'interessi predetti non si trasformano poi di pien diritto “ alla fine d'ogni anno in capitali fruttiferi „; sicchè non vi è luogo pel cessato tutore a dover pagare, su quegl'interessi, altri nuovi interessi, ricadendosi dopo il regola-

(1) V. Duranton, t. III, n. 641.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 139.

mento del conto sotto l'applicazione delle regole generali, secondo cui gl'interessi scaduti dei capitali, non possono produrre altri interessi, se non in forza di domanda giudiziale o di convenzione speciale (art. 1154 cod. Francese; art. 1202 cod. Ital.) (1). E di ciò pure non sembra possibile dubitare. Finita la tutela, è cessato anche l'obbligo, che aveva il tutore, d'investire gli avanzi delle rendite dell'amministrato. E mancando questa causa, per cui potesse essere responsabile degl'interessi sugli interessi, non ve ne sarebbe altra possibile (non vi essendo legge che gli imponga una tale obbligazione) fuori delle ordinarie, di una domanda giudiziale, o d'una apposita convenzione.

319. Pel caso che dal rendiconto definitivamente approvato risulti un residuo a debito del minore verso il tutore, l'art. 308, § 2, del nostro codice fa, come già notammo, una doppia eccezione ai principii generali: giacchè, lungi dal dar luogo anche in favore del tutore, come dell'amministrato, a decorrere di pien diritto sulla somma rispettivamente dovuta ad uno di loro gl'interessi dal giorno della ultimazione del conto, pel tutore ha stabilito, che gl'interessi della somma di residuo suo credito *non decorreranno se non dal giorno della domanda giudiziale*, mentre secondo le norme comuni potrebbero decorrere da una semplice *intimazione di pagamento* (art. 1231 comb. con l'art. 1223 cod. civ.); ed inoltre non ha ritenuta efficace la domanda giudiziale stessa fuorchè quando sia *fatta dopo la ultimazione del conto*, mentre per le regole ordinarie potrebb'essere fatta utilmente anche prima qualora il diritto al residuo invocato realmente sussistesse.

Questa disposizione fu ricopiata testualmente dall'articolo 351, § 2, del cod. Albertino: il quale però era in ciò coerente al principio generale stabilito nell'art. 1244 relativamente alla decorrenza degli interessi legali rappre-

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 133; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 15.

sentanti il danno per ritardato adempimento delle obbligazioni di danaro, essendo ivi pure detto che gl'interessi non fossero dovuti " se non dal giorno *della domanda* " *giudiziale*, eccettuati i casi in cui la legge dichiarasse " che dovessero di pien diritto decorrere „.

Il codice Francese (art. 474, § 2) e ad imitazione di esso il Napoletano (art. 397, § 2) ammettevano come sufficiente una semplice *intimazione di pagamento*, e derogavano con ciò alla massima generale con cui, per far decorrere gli interessi, esigevasi secondo que' codici una *domanda in giudizio* (art. 1153, § ult., cod. Francese; 1107, § ult., cod. Due Sicilie): ma vi derogavano quindi in senso favorevole anzi al tutore facilitandogli i mezzi per far decorrere gli interessi sul residuo che gli fosse dovuto pel conto tutelare. Un illustre autore, ricercando la vera ragione di codesta eccezione, l'attribuiva a nient'altro che ad una *inconseguenza del legislatore*. " In principio, egli osser- " vava, il debitore deve i danni-interessi allorchè è costi- " tuito in mora, e può esserlo *mediante intimazione*. L'ar- " ticolo 1153 deroga a questa regola nè se ne conosce " bene il perchè. Ma vi sono casi in cui la legge ritorna " alla regola, derogando alla eccezione: tale è appunto " quello del tutore; tale è anche l'altro del compratore, " che è tenuto all'interesse del prezzo, se gli è stata " intimata la domanda del pagamento (art. 1652). Queste " derogazioni alla eccezione stabilita dall'art. 1153 non " trovano una spiegazione più facile che l'eccezione stessa. " Vi è incoerenza tra le diverse disposizioni del codice " civile in questa materia „ (1).

Altri dei codici che ebber vigore in Italia stabilivano un principio di perfetta reciprocità fra tutore e amministrato, dichiarando che " la somma a cui ascende *il residuo debito* " *o credito del tutore* produce interessi dal giorno dell'ulti- " mazione del conto, senza che occorra di farne domanda „

(1) V. Laurent, t. V, n. 140.

(art. 277 cod. Parm., 310 cod. Est.). Non era forse più giusta questa eguaglianza di trattamento, posto che le relazioni fra tutore e amministrato sono reciproche, e quello stesso riguardo che si reputò dovuto al minore per la deferenza sua verso il proprio tutore, poteva esser meritato dal tutore per l'affetto suo verso l'amministrato, sentimento che potrebbe del pari dissuaderlo dal promuovere una formale domanda in giudizio?

Comunque sia, non dobbiam ora occuparci che di studiare i motivi pei quali il nostro legislatore abbia fatte le accennate eccezioni ai principii generali, favorendo in tutto ed unicamente l'interesse dell'amministrato a fronte del tutore. Una spiegazione ben facile si avrebbe forse pensando che siasi trascritta qual'era la disposizione corrispondente del codice Albertino, senza avvertire che la massima da esso stabilita nell'art. 351, § 2, in piena conformità della regola generale scritta nell'art. 1244, § 3, nel nuovo codice Italiano trovavasi invece in dissonanza colle regole degli articoli 1223, § 3, e 1231, § 2. Ma, ad ogni modo, giova ricordare che anche questa seconda parte dell'art. 308 riguarda il solo caso del rendiconto tutelare dato *amichevolmente;* mentre qualora invece sia reso in giustizia, nulla osta a potersi dal tutore, sia mediante una formale domanda giudiziale, sia anche mediante una semplice intimazione di pagamento del residuo di cui si tiene creditore, promuovere la decorrenza in proprio favore degl' interessi sul residuo medesimo (1). Ora ristretta così, come deve intendersi questa disposizione, non appare ingiustamente lesiva pel tutore, che non ha voluto valersi dei mezzi di giustizia per costringere l'amministrato a ricevere il rendiconto, a pagargli il residuo debito, ed a corrispondergli i relativi interessi, se dopo ultimato il rendiconto amichevole, a cui preferì di attenersi, la legge lo obbliga

(1) V. sopra, n. 317, pag. 1516 e segg.

a fare una formale domanda giudiziale, per ottenere che sul residuo, di cui gli si ritarda il soddisfacimento, decorrano intanto gli interessi.

Pel resto, crediamo che non occorrano altre spiegazioni intorno a questa disposizione; bastando il riferirsi a quanto fu esposto nel numero precedente, per ciò che riguarda all'interpretazione delle parole — *ultimazione del conto* — ripetute anche in questa seconda parte dell'articolo.

320. L'applicazione dell'articolo 308, specialmente quanto alla prima sua parte riguardante il reliquato a debito del tutore, incontra non lievi difficoltà allorchè il rendiconto, dopo essere stato definitivamente approvato, vada soggetto a qualche rettificazione.

La possibilità di questa non è da porsi in dubbio. Il codice di procedura civile nell'art. 327, dopo avere stabilita la massima generale che " non si fa luogo a revisione di " conti „ riserva però " alle parti, in caso d'errori, omis- " sioni, falsità, o duplicazioni di partite, il diritto di pro- " porre distintamente le loro domande „. Ciò che si vieta è dunque la revisione complessiva del conto, ed era necessario, perchè altrimenti nessun rendiconto potrebbe mai dirsi definitivamente accertato, ma non è, nè poteva essere impedito di correggere gli errori, supplire alle omissioni, distruggere le falsità, togliere le duplicazioni di partite. Solo, non potendosi assoggettare ad una revisione il conto in complesso, diviene una necessità il proporre distinte e speciali domande pei singoli oggetti delle modificazioni invocate.

Ciò è detto veramente pei conti resi in giustizia, essendo essi soli regolati dal codice di procedura civile: ma le stesse massime debbono naturalmente applicarsi del pari a quelli che sian dati in via amichevole; poichè vi sono identiche ragioni, e l'accordo delle parti intorno al conto fa tra esse il medesimo stato che la sentenza con cui siano definite le contestazioni insorte in un rendiconto giudiziale.

Ora, in tal caso la maggior somma, che risulti a debito del tutore, produrrà interessi fin dal giorno dell'ultimazione del conto, per applicazione dell'art. 308, § 1°? Oppure dovranno applicarsi soltanto le regole comuni, il che val quanto dire che gl'interessi si computerebbero solo dal giorno in cui il tutore fosse posto in mora? E la ipoteca legale di tutela starà pure a guarentire questo maggiore debito del tutore?

Le rettificazioni sarebbero veramente possibili anche a profitto del tutore, quando nel conto approvato si fossero verificati in suo danno errori, omissioni di partite passive, duplicazioni di partite attive. Ma siccome per le somme che dal minore siano dovute al tutore l'art. 308 non ammette la decorrenza degli interessi fuorchè dal giorno della domanda giudiziale fatta dopo la ultimazione del conto, non vi potrebbe essere difficoltà a farli decorrere dal medesimo giorno anche pei crediti nuovamente richiesti dal tutore stesso in via di rettificazione. Perciò i dubbi si limitano alla rettificazione del conto nell'interesse del minore. Intorno al quale argomento fu ampiamente svolta una teoria, che sostiene i seguenti punti:

1° Gl'interessi delle somme risultanti a debito del tutore dalla rettificazione del conto doversi computare dalla ultimazione di esso, se nel renderlo male il tutore sia stato *in mala fede;* doversi computare invece soltanto dal giorno della domanda di rettificazione se il tutore sia stato in buona fede;

2° L'ipoteca legale, quantunque ne fosse stata cancellata l'iscrizione dopo l'approvazione definitiva del conto, sussistere tuttavia per guarentia dei crediti risultanti dalle rettificazioni, finchè non sia trascorso il decennio pel quale si prescrivono tutte le azioni relative alla tutela (1).

Il primo di questi assunti è però contrastato da un altro autore, il quale insegna che gli interessi siano dovuti di

(1) V. Demolombe, t. VIII, n[i] 140-147.

pien diritto anche sulle maggiori somme di residuo debito del tutore, accertate mediante rettificazione del conto, dallo stesso giorno della ultimazione di esso, senza potersi distinguere tra casi di buona o mala fede del tutore (1).

A sostegno della prima opinione si osserva che la mala fede del tutore lo renderebbe irricevibile ad oppugnare la applicazione dell'art. 474 cod. Franc.; ma che se egli sia stato in buona fede, non può esser caso di far valere quella disposizione, la quale suppone evidentemente che la somma dovuta dal tutore sia compresa nel conto formandone il reliquato, mentre non vi era compresa quella che vi fu aggiunta in via di rettificazione. In altri termini, è la lettera della legge che s'invoca, suffragandola inoltre con considerazioni di equità verso il tutore di buona fede.

In senso contrario si oppone che la rettificazione forma col conto un solo e complessivo fatto giuridico, e la somma aggiunta, perchè avrebbe dovuto esser compresa nel capitolo dell'esatto, forma realmente parte del reliquato; che dunque la lettera dell'art. 474 è applicabile, e vi concorre parimente lo spirito della disposizione; che limitandola al caso di mala fede del tutore, si aggiunge al testo una condizione che non vi è fatta; che d'altra parte la distinzione proposta non ha alcun fondamento, perchè qui non è questione di buona o mala fede, ma dei riguardi che possono trattenere l'amministrato dall'agire giudizialmente contro il tutore, i quali anzi non avrebbero più ragion d'essere verso un tutore di mala fede.

A noi sembrano preponderanti d'assai le ragioni che appoggiano quest'ultima opinione. Mettiamo, prima di tutto, da parte i casi, non solo di *dolo*, ma anche di semplice *colpa del tutore*, quando fosse tal colpa di cui egli dovesse essere responsabile secondo le regole della tutela. In tali casi egli dovrebbe indubbiamente risarcire i danni derivati dal suo dolo o dalla sua colpa, i quali si risolverebbero nel

(1) V. Laurent, t. V, n. 146.

rimborso appunto degl'interessi, che, dato un conto giusto, l'amministrato avrebbe dovuto percepire fino dal giorno dell'ultimazione del conto medesimo anche su quella somma che era stata lasciata fuori e fu rivendicata mediante la rettificazione. Allora pertanto non potrebbe esser dubbio il diritto dell'amministrato a reclamare gl'interessi di quelle somme risalendo al giorno della ultimazione del conto.

Ma fingasi pure che non vi sia nè dolo nè colpa imputabile al tutore, e che la domanda proposta dall'amministrato per la rettificazione del conto riguardi un semplice errore commesso, ed in cui qualunque amministratore di comune diligenza avrebbe potuto incorrere. La somma, che l'art. 308 dichiara dover produrre interessi a pro del minore fin dal giorno della ultimazione del conto, è quella *a cui ascende il residuo debito del tutore.* E non è di *residuo debito* di lui la somma accertata mediante la rettificazione? I termini della legge sono dunque tutt'altro che contrari, anzi apertamente favorevoli all'assunto dell'amministrato, che chiede gl'interessi di tale somma dal giorno della ultimazione del conto. Si passi pure dalla lettera allo spirito della disposizione. Che cosa vuol essa? Che dal giorno in cui il conto sia ultimato amichevolmente, tutto ciò che il tutore debba ancora dare all'amministrato produca interessi. È possibile escluderne ciò che realmente dovea far parte del reliquato, e non vi apparve solo per un errore, sia pure incolpevole, del tutore? L'errore dovrebbe dunque giovare a chi lo commise, e nuocere all'interessato?

Quanto all'altra questione dell'ipoteca legale, sembra chiaro, in massima, che poichè essa sta a cauzione della intiera gestione tutelare, debba estendersi a guarentire tutto il reliquato, e quindi anche la somma di cui esso sia integrato mediante rettificazione del conto precedentemente approvato. Per ciò che riguarda specialmente il caso che in seguito all'approvazione definitiva del conto l'iscrizione dell'ipoteca fosse stata cancellata, è da avvertire la differenza fra il sistema ipotecario francese ed il nostro. Il

codice Francese annoverava l'ipoteca legale attribuita ai minorenni sui beni dei tutori tra quelle che *esistevano indipendentemente da iscrizione* (art. 2121, 2135). Era quindi ammissibile che non ostante l'approvazione definitiva del conto, non ostante il pagamento del reliquato che n'era risultato, non ostante la radiazione dell'iscrizione che fosse stata presa, l'ipoteca fosse ancora opponibile ai terzi per quelle somme di credito dell'amministrato che venissero accertate dopo, mediante rettificazione del conto, entro i dieci anni di prescrizione delle azioni relative alla tutela.

Secondo il codice nostro invece nessuna ipoteca, nemmeno la legale spettante ai minorenni, può essere attivata rimpetto ai terzi senza l'iscrizione (art. 1981, 1983, 1984, 2007 codice civile).

La cancellazione, che ne fosse avvenuta renderebbe dunque impossibile il far valere l'ipoteca a fronte degli altri creditori, o contro i terzi possessori dei beni, pei crediti dell'amministrato che venissero nuovamente accertati mediante rettificazione del conto. Ma appunto perciò, e perchè d'altra parte anche questi eventuali crediti debbono rimanere assicurati col mezzo della cauzione tutelare, ci sembra che l'amministrato, non ostante l'approvazione definitiva, o amichevole, o giudiziale, del conto, e non ostante che avesse ricevuto il pagamento del reliquato, sarebbe nel suo diritto a rifiutarsi di consentire alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria; finchè non fosse trascorso il decennio entro il quale egli potrebbe ancora, a senso dell'art. 309 codice civile, esercitare le azioni relative alla tutela, e fra esse quelle previste dall'art. 327 del codice di procedura civile.

6. *Delle convenzioni vietate fra tutore e amministrato, finchè non sia definitivamente approvato il conto della tutela.*

Sommario. — 321. Origine e motivi della disposizione che vieta ogni convenzione fra il tutore e l'amministrato giunto a maggiore età, prima della definitiva approvazione del conto. — 322. A quali persone si applichi la proibizione predetta. — 323. Quali convenzioni comprenda. — 324. Quali effetti e quali sanzioni abbia. — 325. Quando cessi.

321. Come osservammo già più volte, nell'intervallo tra la cessazione della tutela e l'approvazione definitiva del rendiconto, gli effetti della tutela stessa non possono dirsi completamente finiti, nè estinti affatto i rapporti da essa indotti fra il minorenne e il suo tutore. Anzi i legislatori dovettero preoccuparsi del pericolo di questo stato di cose, in cui il minore uscito di tutela, passato così ad un tratto in uno stato di piena capacità per gli atti della vita civile, inconscio ancora dello stato vero degli interessi proprii, influenzato tuttora dall'autorità del tutore a cui fu finallora soggetto, predominato forse dall'impazienza di impadronirsi definitivamente del regime dei proprii affari, potrebb'essere facilmente indotto a fare col cessato tutore tali convenzioni, specialmente in ordine al conto da regolarsi fra loro, che gravemente lo pregiudicassero.

Il codice Italiano provvide a riparare a questi inconvenienti, creando inoltre uno stimolo efficace per la più sollecita definizione del rendiconto, colla disposizione dell'art. 307, § 2, espressa così:

« Nessuna convenzione fra il tutore ed il minore fatto
« maggiore può aver luogo prima della definitiva approva-
« zione del conto della tutela ».

Le legislazioni che lo precedettero avevano pure provveduto, ma con disposizioni notevolmente diverse.

Il codice Francese (art. 472) diceva: “ Qualunque con-
“ venzione (*tout traité*) che potesse seguire fra il tutore ed
“ il minore divenuto maggiore, sarà nulla, se non è stata
“ preceduta da un circostanziato rendimento dei conti, e
“ dalla consegna dei documenti giustificativi; il tutto
“ comprovato da una ricevuta dell'incaricato all'esame del
“ conto, dieci giorni almeno prima della convenzione „.

Queste stesse parole della traduzione ufficiale del codice Francese, fatta pel regno d'Italia, furono riportate nell'articolo 395 del codice pel regno delle Due Sicilie.

I codici Parmense ed Estense non avevano nel Titolo *delle tutele* nessuna disposizione su questo particolare; ma trattando poi delle transazioni, stabilivano che: “ Il tutore
“ non può transigere col minore divenuto maggiore sopra
“ i conti della tutela, se non dopo averli renduti in con-
“ formità di quanto è disposto nel Capo *del rendiconto* in
“ fine della tutela „ (art. 1870 cod. Parm., 1841 codice Estense).

Il codice Albertino, conformandosi sostanzialmente alla disposizione del Francese, v'introdusse però qualche importante modificazione, dicendo nell'art. 349:

“ Qualunque convenzione tra il tutore ed il minore fatto
“ maggiore, *la quale contenga l'assestamento del conto o la*
“ *liberazione del tutore*, sarà nulla se il tutore non avrà
“ renduto prima il conto particolarizzato della sua ammi-
“ nistrazione, accompagnato dalla consegna dei titoli e
“ delle carte giustificative; il che tutto dovrà risultare da
“ apposita ricevuta di quello a cui si rende il conto, fatta
“ dieci giorni almeno prima della convenzione, *alla quale*
“ *dovranno inoltre assistere due prossimi parenti del medesimo.*

“ *Nessun'altra convenzione tra il tutore ed il minore sud-*
“ *detto potrà aver luogo prima del definitivo assestamento del*
“ *conto nel modo sovraccennato* „.

Si volle con ciò risolvere una questione che era controversa in diritto francese; se, cioè, la proibizione contenuta nell'art. 472 di quel codice dovesse applicarsi generalmente

ed assolutamente ad ogni convenzione che volesse farsi tra il tutore e l'amministrato divenuto maggiorenne, o dovesse essere limitata a quelle che avessero direttamente o indirettamente per oggetto di dispensare il tutore dal render conto in tutto od in parte della sua amministrazione. Il legislatore sardo adottò l'idea più rigorosa; e per accentuare più chiaramente la sua intenzione, dopo avere formulata nella prima parte del predetto articolo la proibizione delle convenzioni, tra il tutore che non avesse ancora reso il conto, e l'amministrato, le quali avessero per oggetto l'assestamento del conto stesso e la liberazione del tutore, soggiunse in un paragrafo a parte, che *nessun'altra convenzione potrebbe aver luogo* fra il tutore ed il minore fatto maggiore *prima del definitivo assestamento del conto nel modo sovraccennato*. Quest'ultima disposizione avrebbe resa affatto superflua la prima, se non fosse stato per lo scopo, che indicammo, di togliere qualsiasi pretesto al rinnovarsi del dubbio che si voleva risolvere. Se però da un lato si toglieva di mezzo una questione, allargavasi contemporaneamente il campo di altre, moltiplicando le forme da osservarsi nel rendimento del conto prima di poter fare convenzioni coll'amministrato, intorno al quale argomento pure non mancavano dispute.

Il legislatore italiano volle semplificare. Vietò che le convenzioni fra tutore e amministrato potessero seguir *prima della definitiva approvazione del conto*; e con ciò potè dispensarsi dal prescrivere quelle forme speciali, che erano state credute indispensabili allorchè simili convenzioni si permettevano quando il conto fosse reso, sebbene non ancora approvato. Soppresse poi la superflua duplicazione, che si riscontrava nel codice Albertino, il quale vietava prima le convenzioni relative al conto tutelare, e proibiva poi inoltre *qualunque altra* convenzione; dichiarando invece, con una sola ed assoluta espressione, che *nessuna convenzione* potrà aver luogo fra il tutore e l'amministrato divenuto maggiore prima che il conto sia definitivamente approvato.

Abbiamo stimato necessaria questa esposizione circa l'origine dell'articolo che commentiamo, sembrandoci che ne riesca decisivamente chiarita per noi la questione sovraccennata, e della quale dovremo riparlare, trattando d'uno tra i non pochi dubbii a cui lascia ancora luogo questa disposizione, per quanto ridotta alla maggiore semplicità di espressione.

322. Fra quali persone ha luogo la proibizione di convenzioni precedenti alla definitiva approvazione del conto della tutela? Risponde il testo: *tra il tutore ed il minore fatto maggiore.* Queste brevi parole rendono però necessaria una spiegazione estesa, nè sempre scevra di difficoltà e contestazioni.

La proibizione è vôlta al *tutore.* Nè può esservi dubbio che nella generalità di tale espressione abbia a comprendersi qualunque tutore, sia poi testamentario, o legittimo, o dativo. D'altronde con l'origine speciale da cui siano derivati i poteri del tutore non hanno alcuna attinenza le relazioni sôrte tra lui e l'amministrato nell'esercizio della tutela, le quali sono identiche in tutti i casi, e son quelle appunto che han dato motivo alla disposizione proibitiva di cui ora trattiamo. Neppur l'avo paterno o l'avo materno, tutori legittimi, sono dunque immuni da questa incapacità di contrattare col tutelato divenuto maggiore, prima della definitiva approvazione del rendiconto di loro gestione. E invero, qual ragione vi sarebbe di esimerli? La loro qualità di ascendenti del tutelato, se da una parte è una garanzia contro il pericolo che vogliano abusare a danno di lui, dall'altra è una facilitazione all'abuso, qualora lo volessero commettere, perchè la loro autorità è tanto maggiore verso il tutelato stesso. Veramente l'articolo 769 del codice civile eccettua *il tutore, che sia ascendente del testatore*, dalla incapacità stabilita generalmente pei tutori a ricevere per testamento dai loro amministrati quando le disposizioni siano state fatte prima dell'approvazione del

conto definitivo. Ma non è possibile istituire parità tra i due casi. Sarebbe stato troppo grave l'impedire che un ascendente del testatore, e così pure un discendente, un fratello, una sorella, o il coniuge, potesse approfittare della liberalità di lui, solo perchè ne fosse stato tutore e non fosse ancora stato approvato definitivamente il rendiconto allorchè fu fatta la disposizione. Non vi è invece nulla di soverchio nell'esigere che il tutore, sia pure un ascendente, debba far approvare definitivamente il suo rendiconto prima di stipular convenzioni coll'amministrato divenuto maggiorenne (1).

Il testo prevede, naturalmente, il caso ordinario d'una *tutela di diritto*. Ma chi avesse tenuta *di fatto* soltanto l'amministrazione della tutela, non dovrebbe dunque subire l'applicazione della disposizione proibitiva dell'art. 307, § 2? Se sta quel che abbiamo ritenuto, doversi la *tutela di fatto* parificare a quella *di diritto* in ordine alle relazioni tra il tutore e l'amministrato (2), dee seguirne che come della sua amministrazione è tenuto il tutore di fatto a render conto all'amministrato, coll'osservanza delle regole ordinarie della tutela, così gli si debba pure applicare la massima che prima della definitiva approvazione di quel conto non gli sia lecito stipulare convenzioni coll'amministrato. Tale opinione è infatti autorevolmente appoggiata (3), quantunque sia stata da altri con non minore autorità contraddetta (4).

Evidentemente poi non sono da ritenersi soggetti alla disposizione dell'art. 307, § 2, nè il protutore, perchè non amministra la tutela, e non ha perciò da render conto, nè un amministratore provvisorio, nè chi abbia trattati affari particolari del minore, perchè sebbene, anch'essi abbiano

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 82.
(2) V. sopra, n. 20, pag. 59 e seguenti.
(3) V. Demolombe, t. VIII, n. 84.
(4) V. Laurent, t. V, n. 153, pag. 169.

a render conto come amministratori, non lo debbono però come tutori, nè colle regole proprie della tutela (1).

È invece un punto controvertibile, e che di fatto ha provocata qualche dissidenza di opinioni, quello di stabilire se la proibizione fatta dalla legge *al tutore* debba estendersi anche *agli eredi* di lui, pei casi che la tutela sia finita per la morte del tutore stesso, od essendo finita per altra causa, ma il tutore essendo morto senz'aver dato il conto, debbano renderlo gli eredi.

Per sostenere che anche agli eredi del tutore si comunichi l'incapacità stabilita dal testo a carico del tutore solo, si è detto ch'essi rappresentino il loro autore, e come gli succedono nella obbligazione principale di render conto, così debbon pure succedergli in tutti quei rapporti giuridici speciali a cui tale obbligazione sottometteva lui; che d'altra parte i motivi principali ed essenziali della disposizione di legge di cui si tratta, l'inesperienza dell'amministrato appena uscito di tutela, la sua inscienza dello stato dei proprii affari, il desiderio d'impossessarsi personalmente al più presto della propria fortuna, e a rincontro la conoscenza perfetta, in chi dee render il conto, della condizione delle cose, e il possesso dei documenti e delle carte giustificative, infine l'utilità di creare uno stimolo per la più sollecita definizione del rendiconto, sussistono ugualmente rimpetto agli eredi del tutore, come per lui stesso; solo non ha più luogo la considerazione di quei rapporti ch'erano veramente personali al tutore, l'autorità di lui, il rispetto e la deferenza del tutelato, che potevano influire sulle determinazioni di quest'ultimo (2).

Per l'opinione opposta stanno però ragioni assai gravi, e che anzi ci sembrano prevalenti. Quella che si vorrebbe estendere agli eredi del tutore, è una eccezione al diritto

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 84, 85; Aubry et Rau, t. I, § 121, pag. 493; Laurent, t. V, n. 153.

(2) Demolombe, t. VIII, n. 86, 87; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 295, n. 1; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, l. I, n. 638, n. 4.

comune, è una dichiarazione d'incapacità relativa, per quanto limitata a contrattare. Non è lecito in simile materia l'uscire dai termini della legge, il comprendervi casi non previsti dal testo, quand'anche possa allegarsi una perfetta parità di motivi. Nella specialità attuale poi questa parità non sussiste; perchè la considerazione dell'autorità del tutore, esclusivamente personale a lui, è tra i motivi, non secondari, ma principali, che determinarono la disposizione della legge; colla quale, ad evitare appunto l'abuso d'una tale autorità nell'operazione, importantissima pel minore uscito di tutela, dell'esame e dell'approvazione del rendiconto finale, fu vietato che prima dell'approvazione definitiva di esso possa aver luogo fra il tutore ed il minore divenuto maggiore alcuna convenzione.

L'appigliarsi all'idea della rappresentanza, che spetta agli eredi della persona del tutore, per concludere che ad essi debba trasmettersi il divieto di contrattare col minore come accessorio all'obbligazione di rendere il conto della tutela, non ha alcun fondamento. Si trasmettono per successione i diritti e le obbligazioni patrimoniali, non i rapporti inerenti alla persona dell'autore. Si trasmette l'obbligazione di render conto della tutela esercitata dal defunto, appunto perchè ha oggetto pecuniario; ma non può trasmettersi la incapacità di contrattare coll'amministrato finchè non sia seguìta l'approvazione definitiva del conto, poichè quell'incapacità imposta dalla legge nominatamente al tutore per ragione della qualità sua è quindi essenzialmente e strettamente personale (1).

Proseguiamo nell'esame del testo. Esso parla del *minore fatto maggiore*. Devesi dedurre da ciò che fra le diverse cause, assolute o relative, per una delle quali possa essere cessata la tutela, quella sola che consiste nell'esser giunto l'amministrato alla maggiore età faccia luogo ad

(1) V. Zachariae, t. I, § 116, n. 2, n. 11, 13; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 26; Laurent, t. V, n. 153, pag. 168.

applicare la disposizione proibitiva dell' art. 307, § 2? Così porterebbe senz'altro la espressione letterale della legge. Ma mettiamo prima da parte i casi in cui la tutela sia finita per qualche causa relativa al tutore, ossia siano cessate le sole funzioni di lui, persistendo tuttavia lo stato di tutela del minore. In essi è troppo evidente che manca affatto, non solo la lettera, ma anche lo spirito della legge per ritenere vietata al tutore cessante od ai suoi eredi, finchè non sia definitivamente approvato il rendiconto, qualunque convenzione col minore rappresentato, come dev'essere, dal nuovo tutore, o interinalmente dal protutore. Non è qui il caso di poter parlare d'influenza, che eserciti coll'autorità sua il tutore cessante, verso l'altra parte che contratta con lui. Neppure gli altri motivi, riguardanti tutti ed esclusivamente la persona del minore fatto maggiore, che fecero vietargli di contrattare prima dell' approvazione del conto col suo ex-tutore, possono aver qui alcuna applicazione. Resterebbe la sola considerazione, che, essendo ancora presso il tutore cessante i documenti e le carte giustificative del conto che egli deve rendere, fosse temibile che le convenzioni si conchiudessero senza sufficiente cognizione delle cose; ma a ciò provvedono le formalità abilitanti, senza le quali il nuovo tutore o il protutore non potrebbe validamente contrattare col tutore cessato. Il consiglio di famiglia e il tribunale, secondo i casi, non daranno la loro approvazione ad un contratto, del quale non sia chiara la necessità e l'utilità per l'interesse del minore.

Restano le cause assolute di cessazione della tutela, dipendenti da morte o da emancipazione del minore.

Pel primo caso fu proposto infatti il quesito, se gli eredi del minore potessero far convenzioni valide con chi era stato tutore di lui, prima che il conto dell'amministrazione fosse stato definitivamente approvato; ma la risposta affermativa non poteva essere fondatamente contraddetta. La proibizione della legge è fatta pel solo minore dive-

nuto maggiore; nè i motivi di essa sono estensibili agli eredi, i quali non possono andar soggetti a veruna influenza abusiva di una autorità che il tutore non ha verso di loro (1).

Pel secondo caso vi sono invece opinioni discordi.

Il testo della legge, dicono alcuni, prevede la sola ipotesi della maggiore età, a cui sia giunto l'amministrato, perchè è la più ordinaria e la più frequente; ma lo spirito della disposizione comprende del pari il caso che il minore sia stato emancipato. Ciò che si è voluto evitare è il pericolo inerente alle convenzioni, fatte prima della definitiva approvazione del rendiconto, e nelle quali l'amministrato si trovi a fronte del suo tutore, influente su lui con tutto il peso dell'autorità sua. Ora questo pericolo si verifica nel caso del minore emancipato più ancora che in quello della maggiore età, giacchè l'autorità del tutore è la stessa, l'inesperienza e la soggezione del minore emancipato è tanto maggiore. Che importa che siano prescritte formalità speciali per l'approvazione del conto da rendersi all'emancipato? Ciò non lo salverà dai pericoli d'una convenzione precedente, dalla quale i suoi interessi potrebbero essere irreparabilmente pregiudicati (2).

Nondimeno le considerazioni addotte in ordine allo spirito della legge, per quanto potessero essere attendibili in diritto costituendo, non sembrano decisive per estendere oltre ai suoi termini una disposizione eccezionale, quale è quella dell'art. 307, § 2. Essa parla del *minore fatto maggiore*, ed a lui solo vieta di fare convenzioni col tutore prima della definitiva approvazione del conto della tutela. Non è con l'interpretazione che possa rendersi comune questa incapacità anche al *minore emancipato*. È vero che

(1) V. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 675; Demolombe, t. VIII, n. 78; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 25; Laurent, t. V, n. 153, pag. 167.

(2) V. Zachariae, t. I, § 116, n. 12; Demolombe, t. VIII, n. 76; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 24; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, l. I, n. 638, n. 2.

la legge prevede i soli casi più ordinari e frequenti, intendendo di far disposizioni applicabili, ciò non ostante, anche ad altri casi non espressamente enunciati, quando tali disposizioni sono generali e di massima, non però quando sono speciali e di eccezione, giacchè allora debbono essere applicate ristrettamente ai soli casi espressi. E quanto allo spirito stesso della legge, è vero bensì che il minore emancipato si troverebbe di fronte al suo ex-tutore in condizione di essere influenzato dall'autorità di lui, più ancora che se fosse divenuto maggiorenne; però non vi si troverebbe solo, in guisa da non poter opporre agli sforzi dell'ex-tutore, che volesse indurlo ad una convenzione nociva, altra resistenza che la propria, indebolita dall'autorità del tutore stesso. Poichè, questo ci sembra importante a notarsi, che l'emancipato dovrebbe riportare il consenso del curatore, non solo per l'approvazione del conto, che il tutore avrebbe ancora a rendere (art. 316 cod. civ.), ma anche per la convenzione che intanto volesse fare col tutore stesso, qualora eccedesse i limiti della semplice amministrazione ordinaria, nel qual caso sarebbe inoltre necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 319 cod. civ.): ond'è che dai pericoli di abusi o sorprese, nelle convenzioni che potessero pregiudicare alla sostanza patrimoniale, avendo la legge premunito abbastanza l'emancipato colle ricordate formalità, ciò spiega la ragione per cui, a differenza del minore fatto maggiore, siasi potuto permettergli di contrattare col suo ex-tutore anche prima della definitiva approvazione del rendiconto (1).

È stato osservato che alla incapacità stabilita per l'amministrato divenuto maggiore non potrebbe intendersi derogato per la circostanza che nel fare convenzioni col tutore, prima della definitiva approvazione del conto,

(1) V. Marbeau, *Tr. des transact.*, n. 67; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, art. 472, n. 675, pag. 485; Laurent, t. V, n. 153, pag. 167.

egli operasse col mezzo di un mandatario (1). E ciò non ammette dubbio. Giuridicamente è il mandante stesso che agisce mediante il suo procuratore; epperò il caso cade nei termini precisi della legge; poichè è il minorenne fatto maggiore che contratta col tutore. In fatto, l'influenza del tutore potrebbe esercitare ugualmente i suoi perniciosi effetti nella convenzione che si conchiuderebbe, non potendo il mandatario stabilirla altrimenti che secondo i poteri che il mandante gli avesse conferiti. Anche i motivi della legge concorrono dunque per dover ritenere applicabile a questo caso la disposizione proibitiva dell'articolo 307, § 2.

323. Abbiamo preannunziata ripetutamente una questione, a cui dava luogo l'art. 472 cod. Francese, corrispondente al 307, § 2, del cod. Italiano. La proibizione di convenzioni (*traités*, diceva l'articolo francese) fra il minorenne divenuto maggiore, ed il tutore che non avesse ancora reso il conto della sua gestione, doveva ritenersi *generale ed assoluta*, o piuttosto limitarsi a quelle transazioni che avessero per oggetto il rendiconto stesso della tutela, e direttamente o indirettamente tendessero a dispensarne in tutto o in parte il tutore?

Pochi stavano per la prima opinione, attenendosi ai termini della legge, che non contenevano distinzione tra le convenzioni riguardanti l'amministrazione stessa tutelare e le altre (2).

I più ritenevano al contrario che la disposizione proibitiva dell'art. 472 comprendesse tutti gli atti o le convenzioni che avessero per oggetto, o il cui risultato fosse, di liberare in tutto o in parte il tutore dall'obbligo di render conto, o di modificare questa obbligazione, o di rinunziare nell'interesse del tutore alle guarentìe desti-

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 77.
(2) Merlin, *Rep.*, v^e^ *Tuteur*, § 3; Dalloz, *Rep.*, v^e^ *Minorité*, n. 652.

nate ad assicurare il pagamento del reliquato; ma che invece quella disposizione proibitiva fosse estranea agli atti od alle convenzioni che avessero tutt'altro oggetto, e lasciassero intatte a fronte del tutore l'obbligazione di render conto e le guarentìe del reliquato.

Lo argomentavano dal testo, che aveva insolitamente usata l'espressione “ *tout traité* „ invece dell'altra “ *ogni convenzione* „ appunto per significare (dicevasi) che non tutte le convenzioni s'intendeva di proibire, ma quelle sole che concernessero i fatti della tutela e la composizione del conto ad essa relativo; dalla collocazione stessa di quella disposizione nella sezione riguardante il rendimento dei conti della tutela; dai motivi della legge, consistenti nel prevenire l'abuso che il tutore potesse fare dell'autorità da lui conservata sul già suo tutelato, abuso facile a verificarsi per ciò che riguarda il conto della gestione tutoria, non per altre convenzioni; dalla disposizione dell'art. 2045, che dichiarava “ non potere il tutore “ transigere col minore divenuto maggiore *sopra i conti* “ *della tutela*, se non osservate le forme prescritte nel-“ l'art. 472 „ ; in fine dalla considerazione, che ammesso anche il dubbio sul modo di risolvere la questione, essendo la disposizione dell'art. 472 una eccezione ai principii generali, dovrebbesi nell'incertezza seguire il diritto comune anzichè applicare una disposizione eccezionale (1).

Fu proposta anche una teoria intermedia, secondo la quale il tutore, prima di avere reso il conto, non avrebbe potuto fare col tutelato divenuto maggiore nessuna convenzione, che avesse per oggetto beni facienti parte del patrimonio del minore fin dal tempo della minore età di lui; mentre all'opposto avrebbe potuto contrattare libe-

(1) V. Duranton, t. III, n. 638; Zachariae, t. I, § 116, n. 2, n. 14; Valette sur Proudhon, t. II, chap. XIV, sect. V, pag. 414; Marcadé, art. 472, t. II, n. 281; Chardon, *Traité des trois puiss.*, parte III, n. 506; Demolombe, t. VIII, n. 69-71; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 21, pag. 491-492; Laurent, t. V, n. 155, pag. 170, 171.

ramente sovra beni che fossero stati acquistati dall'amministrato dopo aver raggiunta la maggiore età (1).

Uno solo degli scrittori italiani ha seguìto la seconda delle riferite opinioni, tanto prevalente fra gli interpreti del codice Francese (2). Gli altri insegnano tutti che i termini generali ed assoluti dell'art. 307, § 2, non permettono, tra il tutore e l'amministrato divenuto maggiore, prima che sia definitivamente approvato il rendiconto, nessuna convenzione, ancorchè estranea affatto all' amministrazione tutelare, al rendiconto di essa ed alle relative guarentìe (3).

Confessiamo, quanto a noi, che guardando alla sola disposizione dell'art. 307, § 2, qual'è, senza consultare i precedenti, saremmo propensi a preferire la massima insegnata dalla grandissima maggioranza degli interpreti del codice Francese, e seguìta dal Pacifici-Mazzoni. Non tutti gli argomenti addotti da quelli sarebbero adottabili per noi; chè non abbiamo fra le disposizioni del nostro codice, riguardanti la transazione, una che corrisponda all'articolo 2045 del codice Francese. Ma tre ragioni ci sembrerebbero difficilmente confutabili: la prima, che la disposizione di cui parliamo non sta da sè, ma è scritta in un alinea come parte integrante d'un articolo che regola il rendiconto pel caso in cui la tutela cessi per la maggiore età dell'amministrato, onde interpretando la legge *secondo la connessione delle varie sue parti* (art. 3 delle disposizioni preliminari) sarebbe naturale intendere che anche il predetto alinea dell'art. 307, proibendo le convenzioni fra tutore e amministrato nell'intervallo del rendimento del conto, si riferisse a quelle convenzioni che avessero per oggetto il rendiconto medesimo; la seconda, che se

(1) V. Troplong, *Des transactions*, art. 2045, n. 44.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, n. 638.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 307, vol. I, § 642, pag. 1020; Buniva, *Del diritto delle persone*, vol. II, pag. 294, n. 3; Paoli, *La tutela*, n. 190, pag. 119, 120; Ricci, vol. I, n. 445.

si comprendono facilmente le ragioni di proibire al tutore ed all'amministrato fatto maggiore di stipulare fra loro, prima che sia definitivamente approvato il *conto della tutela*, convenzioni od atti che si riferiscano direttamente od indirettamente al conto medesimo, non si vedrebbe il perchè si avesse a vietar loro fino a quel tempo soltanto anche i contratti aventi oggetto affatto estraneo al rendiconto, mentre il sospetto di possibili abusi dell'autorità del tutore non finirebbe con l'approvazione del rendiconto, ma avrebbe lo stesso fondamento anche dopo; la terza, infine, che trattandosi di disposizione eccezionale l'interpretazione dev'essere stretta, anzichè estensiva. Nè gli argomenti addotti in contrario ci sembrano di grande potenza.

Si dice che l'espressione dell'art. 307, § 2, è generale ed assoluta: “ *nessuna convenzione* può aver luogo „. Ma nell'interpretarla bisogna pure tener conto della parte precedente del medesimo articolo, a cui necessariamente si connette, e che regola unicamente il rendiconto.

Si fa fondamento sul confronto tra le parole del codice Italiano “ *nessuna convenzione* „ e quelle del cod. Francese, “ *tout traité* „. Ma nel codice del 1806 per il regno d'Italia, *tradotto ufficialmente* dal codice Francese, era detto appunto: “ *qualunque convenzione* „ come nel codice nostro.

Si afferma che le ragioni della proibizione *valgano tanto per le convenzioni concernenti la tutela, quanto per le convenzioni che vi siano affatto estranee*. Ma crediamo di aver dimostrato il contrario.

Dopo tutto ciò, per altro, ci fanno forza, come accennammo, i precedenti della disposizione che troviamo nel nostro codice. L'Albertino aveva manifestamente voluto risolvere la questione nel senso ch'era stato propugnato dal Merlin; tantochè, per togliere ogni pretesto a dubitare, aveva scritto nell'art. 349 due disposizioni distinte: vietando nella prima qualunque convenzione che contenesse l'*assestamento del conto*, non ancora reso, o la libe-

razione del tutore; colla seconda *qualunque altra convenzione* fatta prima del definitivo assestamento del conto. Il legislatore italiano, avendo preso principalmente per tipo il codice Albertino, introdusse però in quella disposizione alcune importanti modificazioni; e specialmente, reputando superfluo il dir prima vietata fra tutore e amministrato una specie di convenzioni, mentre poi si proibiva in genere qualunque convenzione, riunì tutto in unica formola, che riproduce del resto, salve le accennate modificazioni, le parole stesse dell'art. 349, § 2, del codice Albertino. Ora, è conciliabile con questi precedenti l'idea che il legislatore italiano abbia voluto decampare dal principio fondamentale, che il legislatore sardo aveva stabilito, ed abbandonare la teoria da questo adottata sull'insegnamento del Merlin, per seguire invece l'opposta, preferita dalla maggioranza degli scrittori francesi? Non ci sembra; ed è per ciò che aderiamo all'opinione secondo la quale la proibizione contenuta nell'art. 307, § 2, non può limitarsi ai soli atti o contratti il cui oggetto riguardi direttamente od indirettamente l'amministrazione tutelare, e che tendano a liberare in tutto o in parte il tutore dall'obbligo di render conto e dalle relative guarentìe, ma si estende a qualunque altra convenzione.

Potrebbe nascere dubbio se almeno avessero a ritenersi esenti da quella proibizione i contratti, che avessero per oggetto beni acquistati dall'amministrato dopo che già era cessata la tutela, secondo la teoria professata dal Troplong. Ma una volta ammesso che la disposizione debba interpretarsi, per ragione storica, nel senso assoluto che abbiamo accennato, non ci par più possibile l'introdurvi alcuna distinzione. Certo sarà grave fino ad un certo punto, potrà anche parere non giustificata questa proibizione così assoluta, in quanto comprenda anche convenzioni il cui oggetto sia affatto estraneo, non solo al rendimento del conto, ma allo stesso patrimonio pupillare. Tuttavia vi è una considerazione che può attenuare d'assai questi

riflessi. La proibizione anche di tali convenzioni non è che transitoria, dovendo cessare colla definitiva approvazione del conto, e può esser uno stimolo ad affrettarla: ciò che fu appunto tra gli scopi che il legislatore si propose.

324. Il codice Francese, il Napoletano e l'Albertino dichiaravano nulle le convenzioni fatte fra il tutore e l'amministrato divenuto maggiore, prima che il conto della gestione tutelare fosse stato reso. Una simile dichiarazione di nullità non trovasi espressa nell'art. 307, § 2, del codice Italiano. Nondimeno gl'interpreti sono concordi nel rite-nere la nullità virtuale (1); nè crediamo potersene dubitare.

La disposizione della legge è proibitiva; e d'altra parte stabilisce per il tutore e per l'amministrato, fino all'approvazione definitiva del conto, una incapacità relativa a contrattare; donde la mancanza d'un requisito indispensabile alla validità del contratto (articolo 1104 del codice civile).

Sono pure concordi i lodati autori nel qualificare questa nullità come semplicemente *relativa;* ed anche ciò è incontestabile, dappoichè essa è introdotta *nel solo privato interesse dell'amministrato.* Unicamente da lui, o dai suoi eredi, o dai suoi creditori potrebbe pertanto essere proposta questa nullità; non mai dal tutore. Diciamo poterla proporre anche i creditori dell'amministrato, secondo la regola generale dell'art. 1234 cod. civile; perchè infatti non vi sarebbe ragione di considerare il diritto a proporre questa nullità come *esclusivamente inerente alla persona del debitore,* nel senso del predetto articolo (2).

Le convenzioni fatte in contravvenzione al disposto dell'art. 307, § 2, sono suscettibili di conferma? Non si

(1) V. PAOLI, n. 191, pag. 120; PACIFICI-MAZZONI, *Ist.*, l. I, n. 638, pag. 443; BUNIVA, p. 295.

(2) V. DEMOLOMBE, t. VIII, n. 93; AUBRY et RAU, t. I, § 121, n. 32.

vede motivo pel quale debbasi negare per esse l'applicabilità di quella che è una regola generale per gli atti contro cui la legge ammetta l'azione di nullità (art. 1309 codice civile).

Così in questa risoluzione del quesito consentono tanto gli scrittori francesi che i nostri. Solo è da avvertire, che essendo essenziale ad ogni conferma ch'essa segua in tempo in cui sia cessato il vizio che dava luogo alla nullità dell'atto confermato, perchè altrimenti quel medesimo vizio diverrebbe pure comune all'atto con cui la conferma si facesse: così nella specie di cui ora parliamo è indispensabile che la conferma espressa o tacita, o l'esecuzione volontaria della convenzione annullabile in virtù dell'art. 307, § 2, avvenga *posteriormente alla definitiva approvazione del conto*. Se ciò potesse farsi prima, diverrebbe molto facile eludere la legge proibitiva, col far susseguire immediatamente alla stipulazione della convenzione annullabile un atto di conferma, o l'esecuzione volontaria della convenzione stessa (1).

Quale sarà la durata dell'azione di nullità? Dovrà essa regolarsi coll'applicazione della norma comune scritta nell'art. 1300 per la durata di tutte le azioni di nullità dei contratti, o coll'applicazione della disposizione speciale dell'art. 309? È una indagine che riserbiamo al commento di quest'ultima disposizione.

L'effetto dell'annullazione d'una convenzione stipulata fra il tutore ed il minore fatto maggiore, in contravvenzione all'art. 307, § 2, consiste, secondo i principii generali, nel doversi riguardare quella convenzione come non mai avvenuta. Conseguente a ciò è che l'amministrato uscito di tutela debba restituire al tutore quanto abbia ricevuto da lui in esecuzione della convenzione annullata,

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 95; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 34; Laurent, t. V, n. 165, pag. 178, 179; Buniva, Paoli, ll. cc.

qualora questa sia a titolo oneroso, poichè il ritenerlo sarebbe *senza causa*.

Se anche fosse una *donazione*, che il tutore avesse fatta all'amministrato, apponendovi come *condizione* od *onere* una stipulazione relativa al conto tutelare, non potrebbe sostenersi la donazione a favore dell'amministrato riguardando come non apposta la condizione; poichè secondo la legge nostra *la donazione fatta sotto una condizione contraria alla legge è nulla* (art. 1065 cod. civ.). L'amministrato, a cui solo è *relativa*, come dicemmo, la nullità, avrebbe la scelta: o di mantenere la donazione osservando le condizioni appostevi, o di impugnare, non la sola condizione o l'onere imposto dal tutore, ma l'intiero contratto, assoggettandosi perciò a restituire quanto avesse ricevuto a titolo di donazione onerosa (1).

Nè l'amministrato, per sottrarsi alla restituzione di ciò che avesse ricevuto, potrebbe invocare la disposizione dell'art. 1307 cod. civ. È questa una eccezione ai principii generali, fatta in favore dei minori, e d'altri incapaci. Non può quindi estendersi in vantaggio dell'amministrato, che supponiamo già divenuto maggiore d'età; mentre d'altra parte abbiamo dimostrato inammissibile, secondo la nostra legislazione, la massima che chi è uscito di tutela abbia a considerarsi tuttavia come minore, nei rapporti suoi col cessato tutore, finchè non sia reso ed approvato definitivamente il conto, e non siano riconsegnati i beni pupillari (2).

È stata proposta, quantunque dubitativamente, l'idea che della obbligazione di restituire quanto abbia ricevuto in seguito alla convenzione annullata, possa l'amministrato ritardare l'adempimento fino a che il tutore non abbia reso il conto a cui è tenuto; fondandosi sulla considerazione

(1) Cfr. Duranton, t. III, n. 639; Demolombe, t. VIII, n. 97; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, l. I, n. 638.

(2) V. sopra, n. 294, pag. 1426 e segg.; Demolombe, t. VIII, n. 98; Laurent, t. V, n. 164.

che non sia presumibile avere il tutore dato più di quanto realmente dovesse, e sull'analogia di ciò che è disposto in ordine al rendiconto giudiziale, che, cioè, risultando dal conto presentato una eccedenza dell'esatto sullo speso, possa essere provvisoriamente ordinato il pagamento del sopravanzo, senza che per ciò s'intenda approvato il conto (articolo 321 codice di procedura civile) (1).

Ciò però non sembra ammissibile. Il titolo, pel quale l'amministrato teneva ciò che gli era stato dato dal tutore, è distrutto coll'annullazione del contratto. Un rifiuto legittimo alla restituzione, allegando il credito eventuale che può risultare dal conto che il tutore deve rendere, non sarebbe ammissibile, se non in base d'un *diritto di ritenzione:* a stabilire il quale sarebbe necessaria una disposizione della legge. Tanto più, che un diritto di ritenzione in questo caso sarebbe difforme dal principio fondamentale, secondo cui esso ha luogo quando il credito pel quale è invocato riguarda la cosa stessa di cui è chiesta la restituzione (*debitum cum re junctum*). D'altro lato il presumere un *reliquato* nel conto, che è ancora da rendersi, per ciò solo che il tutore nella convenzione annullata si fosse assoggettato a sacrifizi onde evitare le cure, la responsabilità ed i pericoli d'un rendiconto, non sarebbe che arbitrario. La disposizione dell'art. 321 del codice di procedura civile suppone un reliquato riconosciuto già da chi rende il conto, e non può quindi avere alcuna analogia col caso presente (2).

325. Cessa la proibizione, di cui all'art. 307, § 2, tostochè sia avvenuta la *definitiva approvazione del conto della tutela*. Ciò è espresso nel testo. Nè abbiam bisogno di ritornare sulla dimostrazione già fatta, del quando

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 99.
(2) V. Laurent, t. V, n. 164, pag. 178.

abbia a riguardarsi come definitivamente approvato il conto, e della sufficienza di tale approvazione, senza bisogno che sia inoltre stato pagato il reliquato (1).

Si è chiesto se la disposizione proibitiva delle convenzioni fra il tutore e l' amministrato divenuto maggiorenne cessi d'essere applicabile allorchè per mancanza di beni amministrati non vi sia alcun conto da rendere; e in teoria non potrebbe soffrir dubbio la risoluzione affermativa, poichè l'art. 307, § 2, suppone necessariamente *che un conto abbia a rendersi*, se dalla definitiva approvazione di esso fa dipendere la capacità del tutore e dell'amministrato a far contratti fra loro (2).

In pratica però l'ipotesi suddetta è pressochè impossibile. Se si volesse far dipendere l'applicazione dell'articolo 307, § 2, dalla entità maggiore o minore, od anche minima, del conto da rendersi, si cadrebbe nell'arbitrario, e si contraddirebbe alla legge, la quale non ammette distinzioni di tal sorta. Bisogna supporre che non vi sia assolutamente nessun conto da rendere, vale a dire nessuna sostanza patrimoniale, nessuna partita nè di esatto, nè di speso. Ciò si può immaginare, più facilmente che incontrarlo in fatto. Ad ogni modo, questo è da tenersi per fermo, che, qualunque sia la entità del conto da rendersi, quand'anche si riducesse a sole partite di spesa, l'applicazione dell'art. 307, § 2, non potrebbe sfuggirsi. E infatti sarebbe manifestamente contrario allo scopo della legge, se, per ipotesi, non avendo il minore alcuna sostanza sua, e il tutore avendo anticipate del proprio le spese di mantenimento, educazione ed istruzione, potesse, prima d'aver reso il conto di quelle spese, fare coll'amministrato una convenzione valida che obbligasse l'amministrato stesso a rimborsargli coi futuri suoi mezzi una somma determinata.

(1) V. sopra, n. 316, pag. 1509 e seguenti.
(2) V. Demolombe, t. VIII, n. 88.

Si è chiesto ancora se la proibizione al tutore, il cui conto non sia ancora definitivamente approvato, di far convenzioni coll'amministrato, abbia a reputarsi cessata collo spirare del decennio per cui si prescrivono le azioni relative alla tutela (art. 309 codice civile). E qui pure ci sembra non poter essere soggetta a dubbi molto gravi la risposta affermativa che fu data a tale quesito (1). L'articolo 307, § 2, presuppone l'obbligo di rendere il conto, ed è per assicurare l'adempimento di questa obbligazione, e la protezione piena degl'interessi dell'amministrato nel rendimento del conto, che vieta le convenzioni le quali volessero farsi nel frattempo fra lui e il tutore. Se dunque l'obbligazione di rendere il conto è estinta per prescrizione, manca la base e lo scopo della disposizione del predetto articolo, il quale pertanto nè per la lettera nè per lo spirito della legge può più essere applicabile. Solo crediamo osservabile, che non è veramente il decorso del tempo di dieci anni dalla maggiore età dell'amministrato, che valga di per sè a far cessare la incapacità stabilita dall'art. 307, § 2; ma solo *la estinzione dell'obbligazione di rendere il conto della tutela*. Ond'è che se non ostante il decorso di quel tempo l'obbligazione sussistesse ancora, per cause d'interruzione della prescrizione, continuerebbe pure a sussistere il divieto del predetto articolo.

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 89.

7. *Della prescrizione estintiva speciale delle azioni relative alla tutela.*

Sommario. — 326. Principii fondamentali in questa materia. — 327. Fra quali persone possa aver luogo l'eccezionale prescrizione stabilita dall'articolo 309 del codice civile. — 328. A quali azioni sia applicabile la prescrizione predetta. — 329. Della regola che la prescrizione decennale non si applica all'azione pel reliquato. — 330. Della prescrizione delle azioni in rettificazione del conto. — 331. Della prescrizione delle azioni in nullità delle convenzioni fatte in contravvenzione all'art. 307, § 2, del codice civile. — 332. Punto di decorrenza della prescrizione decennale.

326. Senza una disposizione espressa ed eccezionale di legge, ogni azione derivante dalla tutela, tanto se esercibile dal minore o dai suoi eredi contro il tutore, quanto da questo o dai suoi eredi contro quelli, val dire così *diretta* come *contraria*, andrebbe soggetta alla sola prescrizione di trent'anni, per la quale si estinguono tutte le azioni sì *reali* che *personali* (art. 2135 codice civile). Così era in diritto romano, secondo il quale si annoverava fra le azioni *perpetue* quella della tutela, che durava quindi trent'anni (L. 1, § 23 ff., Dig. *de tut. et rat. distrah.*, XXVII, 3; L. 3 Cod. *de praescr. XXX vel XL ann.*, VII, 39).

Il codice Francese introdusse un'innovazione, e insieme una eccezione ai principii generali, con lo stabilire nell'articolo 475: “ Qualunque *azione del minore contro il tutore*, “ relativa alla tutela, si prescrive in dieci anni computa- “ bili dal tempo della maggior età „, disposizione riprodotta con identiche parole dal codice pel regno delle Due Sicilie (art. 398).

Così la legge, che favoriva il minore, e tutto coordinava alla più efficace protezione di lui durante lo stato di tutela, finito questo, aveva poi voluto provvedere al tutore verso il suo tutelato divenuto maggiore, accordando a quello un'eccezione di prescrizione speciale, con cui potesse

difendersi dalle azioni che questi gl'intentasse dopo averlo lasciato libero da ogni molestia durante un periodo di tempo abbastanza lungo per potersi presumere che l'amministrato avesse tacitamente riconosciuto non competergli alcuna ragione da poter accampare contro il proprio tutore.

I motivi di ciò erano palesi e riconosciuti da tutti. L'ufficio di tutore è abbastanza oneroso in se stesso, per meritare che non se ne aggravino le conseguenze oltre il bisogno. Chi lo ha esercitato penosamente in servizio pubblico per lungo tempo, forse fino a più di venti anni, se dovesse passarne altri trenta sotto il peso d'una responsabilità, che potrebbe tradursi in molestie e liti, sarebbe enormemente pregiudicato nei suoi interessi; nè mancherebbe di sentirne indirettamente danno anche il credito pubblico, pel vincolo ipotecario così a lungo mantenuto sui beni dei tutori. Oltre di che, se le azioni del tutelato potessero obbligare il tutore a rientrare, dopo tanto tempo, nell'esame e nelle giustificazioni dei fatti relativi alla tutela, spesso complicati, spesso affidati alla semplice memoria, od a quitanze in forma privata e note di facile smarrimento, diverrebbe talora difficile il difendersi efficacemente dalle tardive domande, ancorchè ingiuste.

All'amministrato non si fa torto, lasciandogli un intero decennio per sindacare la gestione del tutore, e proporre giudizialmente le ragioni che reputi di avere, presumendo altrimenti che abbia tacitamente riconosciuto di nulla poter pretendere.

Il codice Francese però parlava soltanto delle *azioni del minore contro il tutore, relative alla tutela*. Da ciò sorgevano due dubbii.

Il primo era, se la stessa prescrizione straordinaria fosse da applicarsi reciprocamente alle *azioni del tutore contro l'amministrato*; il secondo se, fra le *azioni relative alla tutela*, prescrittibili in dieci anni, dovesse comprendersi anche quella *pel pagamento del reliquato*.

Il codice Albertino nell'art. 352, mentre adottò la massima del codice Francese, risolse espressamente le due questioni ora accennate, disponendo così:

" Qualunque azione del minore contro il tutore, o *del* " *tutore contro il minore*, relativamente alla tutela, si " prescrive in dieci anni computabili dal giorno della " maggiore età.

" *Questa disposizione però non si applica all'azione pel* " *pagamento del reliquato risultante dal conto definitivo* ".

Il codice Italiano, seguendo le traccie dell'Albertino, ebbe poi cura di ampliarne ancora la disposizione, per risolvere altre questioni, che erano state controverse sotto le legislazioni precedenti, e si espresse così:

" Le azioni del minore contro il tutore *e il protutore*, e " quelle del tutore verso il minore, relative alla tutela, si " prescrivono in dieci anni computabili dal giorno della " maggiore età, *o della morte dell'amministrato*, *senza pre-* " *giudizio però delle disposizioni relative all'interruzione e* " *sospensione del corso delle prescrizioni*.

" La prescrizione stabilita da questo articolo non si " applica all'azione pel pagamento *del residuo* risultante " dal conto definitivo ".

Abbiam detto che la prescrizione stabilita dall'art. 309 non costituisce che *una eccezione* accordata al tutore od al minore rispettivamente, per difendersi contro le azioni *diretta* e *contraria* della tutela; e ciò non ha bisogno di spiegazioni.

Bensì merita d'esser notato che la prescrizione predetta può esser addotta tanto contro un'azione, quanto contro una eccezione fondata sui fatti della tutela. Se si ammette la massima della *perpetuità delle eccezioni*, è solo nel senso che non avrebbe fondamento la presunzione di abbandono d'una eccezione quando non fu fatta valere solo perchè non era stata proposta la domanda a cui opporla. Qui i motivi di decidere sono affatto diversi. Il cessato tutore non sarebbe meno molestato per l'antica gestione dell'ufficio

suo, non sarebbe meno costretto a riandarne i fatti divenuti oscuri nella memoria pel lungo tempo trascorso, a ricercare giustificazioni ormai difficilmente reperibili, perchè i fatti della tutela gli venissero opposti in via di eccezione contro un'istanza sua, anzichè esser proposti a fondamento di un'azione contro lui intentata (1).

327. A chi chieda quali siano le persone a cui possa essere opposta l'eccezione di prescrizione ammessa dall'articolo 309 del codice civile, risponde chiaramente il testo: dal *tutore* e dal *protutore* contro le azioni promosse dal minore; da *questo* contro le azioni intentategli dal tutore.

Era dubbio sotto il codice Francese, che dichiarava prescrittibili in dieci anni *le azioni del minore contro il tutore*, se la stessa regola dovesse osservarsi per le azioni *del minore contro il surrogato tutore;* quantunque non mancasse qualche autorità in senso affermativo (2). Il codice Italiano ha risolta la questione espressamente. In vero, se non possono dirsi identici, certamente però sono sufficienti i motivi per giustificare l'ammissione della prescrizione decennale anche in favore del protutore. Egli pure agisce pel minore quando gl'interessi di questo si trovino in opposizione con quelli del tutore; amministra egli pure, sebbene con una speciale limitazione di poteri, nei casi di tutela vacante o abbandonata (art. 266 cod. civ.), ed ha inoltre dalla legge particolari incombenze, per le quali può incorrere una responsabilità. Egli pure, ricercato per questi *fatti della tutela*, potrebbe incontrare gravi difficoltà a giustificare l'operato proprio, qualora potessero esser vôlte contro lui le azioni del tutelato dopo trascorso un tempo lunghissimo; egli pure, pertanto, meritava riguardi dalla legge; mentre l'amministrato non ha ragione di lagnarsi quando gli è lasciato per accertare ed esercitare le proprie ragioni

(1) V. Laurent, t. V, n. 188.
(2) V. Aubry et Rau, t. I, § 121 in fine.

un tempo abbastanza considerevole quanto è quello di un decennio.

Si è chiesto se la prescrizione decennale possa essere invocata anche da chi abbia esercitato solamente *di fatto* l'ufficio; e noi lo crediamo, per quelle ragioni dalle quali ci parve dimostrato che la *tutela di fatto* debba parificarsi a quella di diritto pei rapporti fra tutore e amministrato; purchè si tratti d'una vera *tutela di fatto*, secondo la definizione che a suo luogo ne abbiam data, non già dell'esecuzione d'un mandato, o d'una semplice gestione d'affari (1). Chi nega il principio della surricordata parificazione, nega naturalmente anche le conseguenze (2). Ma ammesso che il *tutore di fatto*, e lo stesso può ripetersi del *protutore*, sia soggetto alle medesime regole del tutore di diritto, quanto ai suoi rapporti coll'amministrato, non si vedrebbe poi ragione perchè non potesse invocare parimenti i medesimi benefizi, essendone d'altronde identici anche i motivi.

Era pure controverso in diritto francese se la prescrizione decennale fosse comune anche alle azioni del tutore contro il minore; e sebbene non pochi autorevolissimi scrittori sostenessero, che le obbligazioni nascenti dalla tutela essendo correlative e reciproche, e le azioni corrispondenti fondandosi sovra uno stesso principio indivisibile, dovessero esser soggette alla medesima prescrizione (3), la dottrina più recente e preponderante era in senso contrario; perchè la prescrizione decennale, ammessa in favor del tutore, era una eccezione alla regola comune, e le eccezioni sono di stretta interpretazione; e perchè, d'altro lato, i motivi di quella eccezione erano tutti in solo favore del tutore, d'onde si deduceva che quanto alle azioni di questo

(1) V. sopra, n. 20, pag. 59 e segg.

(2) V. Laurent, t. V, n. 185, pag. 198, 199.

(3) Delvincourt, t. I, pag. 311; Toullier, t. II, n. 1279; Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, chap. XIV, sect. VI, pag. 419; Vazeille, *Des prescriptions*, t. II, n. 573; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 738; De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 1123.

ultimo la sola prescrizione ordinaria di 30 anni fosse applicabile (1). I compilatori del codice italiano diedero prevalenza alle ragioni teoriche a cui si appoggiava la prima delle surriferite opinioni: e, seguendo l'esempio del codice Albertino, decisero che non solo le *azioni del minore contro il tutore e il protutore*, ma quelle ancora *del tutore verso il minore* si prescrivessero in dieci anni. Vinse l'idea della reciprocità. Se non che il confronto di queste due parti della disposizione lascia poi luogo ad un altro dubbio. Le azioni che per avventura avesse da esercitare *il protutore contro il minore* sarebbero, o no, soggette anch'esse alla stessa prescrizione decennale? Certo che i casi saranno assai meno frequenti; e forse appunto perciò non vennero espressamente contemplati nel testo; o fors'anche, avendo modificato il codice Albertino nella prima parte della dispozione, si dimenticò di coordinarvi le espressioni successive. Ad ogni modo, è tutt'altro che impossibile a verificarsi che un protutore, il quale abbia rappresentato il minore in alcuni atti, od amministrato temporaneamente le sostanze di lui per vacanza od abbandono della tutela, abbia azioni per rimborsi da esercitare contro il minore. Può quindi divenir necessario risolvere il dubbio che abbiamo accennato. E quantunque faccia per certo un grave ostacolo il principio che le disposizioni di eccezione, quale è questa dell'art. 309, non sono suscettibili d'interpretazione estensiva, propenderemmo nondimeno a credere che anche le azioni del protutore avessero a reputarsi estinte in favor del minore col decorso del tempo di dieci anni. Non solo vi è identità di motivi colle azioni del tutore; giacchè la ragione della *reciprocità*, ammessa dalla legge per queste, vi è ugualmente nel caso del *protutore*, a favor del quale essendo espressamente dichiarato che si estinguono per la

(1) V. Duranton, t. III, n. 649; Valette sur Proudhon, l. c., pag. 420; Duvergier sur Toullier, l. c.; Marcadé, art. 475, t. II, n. 484; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 678; Demolombe, t. III, n. 175, 176; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 50; Laurent, t. V, n. 185, pag. 198.

prescrizione decennale le azioni esercibili contro lui dal minore, è giusto che altrettanto si ritenga in vantaggio di questo per le azioni con cui fosse perseguibile dal protutore; ma inoltre allorchè questi, in virtù del disposto dell'art. 266 rappresenta in certi atti il minore, e ne amministra i beni, esercita effettivamente funzioni ordinariamente proprie del tutore, onde può dirsi sotto tale aspetto che il caso si trovi anche compreso nei termini stessi del testo.

S'intende poi, senza bisogno d'altre dimostrazioni, che parlando la legge generalmente di *tutore* e di *protutore*, deve ritenersi applicabile senza distinzione, tanto alla tutela testamentaria o dativa, quanto alla legittima, tanto alla protutela testamentaria che alla dativa. Nè infatti vi sarebbe motivo per distinguere, se non forse per la tutela legittima; potendosi osservare che i riguardi dovuti dall'amministrato ai proprii ascendenti, all'avo paterno o all'avo materno, che abbiano esercitato la tutela di lui, rendono ragione dell'inazione dell'amministrato stesso, il quale per giusti e lodevoli sentimenti indugia a promuovere contro di loro azioni in giudizio, o forse attende di farlo contro gli eredi, che per una parte della eredità potrebbero essere anche persone estranee. Ma, comunque sia, l'art. 309 non fa distinzioni circa la qualità dei tutori; e sarebbe arbitrario l'introdurvene.

Non può poi esser dubbio che la stessa prescrizione decennale ammessa dalla legge in pro del tutore, del protutore, e del minore, sarebbe invocabile dai loro eredi, e ad essi opponibile rispettivamente. Come si trasmettono attivamente e passivamente le azioni relative alla tutela; così dev'esser pure del diritto alla prescrizione, con cui quelle azioni sono estinguibili.

328. L'eccezionale prescrizione stabilita dall'art. 309 non è applicabile, secondo la dichiarazione espressa del testo, che alle sole *azioni relative alla tutela*. Ciò è conforme

ai motivi fondamentali della disposizione. È unicamente quando il diritto pel quale si agisce dipenda dalla gestione tutelare, che sorgono le considerazioni della convenienza di non lasciare troppo lungamente esposto il tutore alle conseguenze dell'ufficio gratuito da lui esercitato, ed a molestie, per difendersi dalle quali sarebbe costretto a rientrare nei particolari della sua gestione, riannodando fatti di cui forse pel tempo trascorso in mezzo ha perduta la memoria, producendo prove di cui forse non ha più i mezzi. Posto poi che ad una più breve prescrizione si assoggettassero le azioni del minore contro il tutore e il protutore solo quando fossero relative alla tutela, l'apporre questa identica limitazione anche alla simile prescrizione delle azioni del tutore o del protutore contro il minore era ancora conforme a quel concetto di reciprocità che nella legge nostra si volle seguire.

Ritenuto che alla prescrizione di dieci anni sono straordinariamente sottoposte dalla legge *le azioni relative alla tutela*, è ovvio, per deduzione *a contrario*, che quelle estranee alla tutela non possano essere colpite da altra prescrizione che l'ordinaria, poichè mancando l'eccezione, che deve tenersi ristretta a ciò che vi è contemplato, bisogna ritornare alla regola.

Queste idee, per quanto sicure ed apparentemente chiare, sono però ben lontane dal prevenire qualunque difficoltà nella loro applicazione. Che anzi alcune se ne incontrano gravissime, delle quali ci proponiamo di dire qualche cosa separatamente nei numeri successivi; e le stesse massime generali, di cui ci occupiamo ora, lasciano sentire il bisogno di dilucidazioni che somministrino criteri più precisi.

Sono prescrittibili in dieci anni *le azioni relative alla tutela;* e questa stessa espressione e lo spirito della legge fanno intendere abbastanza che in tale disposizione debbano comprendersi tutte *le azioni che abbiano causa dalla gestione tutelare e si fondino sovra fatti ad essa riguardanti.*

Per altro, ciò devesi intendere in relazione alle *azioni personali* dipendenti dall' amministrazione tutoria, non all'*azione reale* competente al minore per rivendicare da chi fu suo tutore i beni che erano affidati all'amministrazione di lui. Fu intendimento della legge di liberare più presto il tutore e il protutore dalle molestie che potessero esser loro inferite per costringerli all' adempimento di pretese obbligazioni dipendenti dall' ufficio da essi esercitato, e di esimerli dalla necessità di ritornare sui molteplici fatti della tutela, richiamarli esattamente alla memoria, e somministrarne all'occorrenza le prove. Ma non fu, nè poteva essere volontà del legislatore, di concedere al tutore una breve prescrizione acquisitiva, mediante la quale potesse far proprii i beni dell'amministrato, che possiede precariamente. Ciò sarebbe stato enorme; e la legge troverebbesi in una manifesta contraddizione, se mentre esige espressamente la prescrizione ordinaria di trent'anni per l'estinzione dell'obbligazione del tutore di pagare il residuo del conto definitivo (art. 309, § 2, cod. civ.) lo liberasse poi colla prescrizione di 10 anni dall'obbligazione di restituire i beni amministrati. Su ciò nessun dubbio (1).

Tra le azioni personali estinguibili colla prescrizione decennale va annoverata per prima quella stessa che abbia per oggetto il rendimento del conto; sia poi, come d'ordinario, l'amministrato che agisca per ottenerlo, o sia il tutore che voglia costringere giudizialmente l'amministrato a riceverlo. Anche su questo punto, che è fondamentale e pare tanto evidente, non mancò per altro qualche contraddizione; essendovi stato chi sostenne, la prescrizione straordinaria essere per le sole azioni riguardanti la responsabilità personale del tutore per fatti dolosi o colposi da lui commessi; l'azione pel rendimento del conto non estinguersi che colla prescrizione di trent'anni (2). Ma questa

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 974; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 44.

(2) V. Vazeille, *Des prescriptions*, n. 536; De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 1220.

opinione si opponeva manifestamente alla disposizione testuale della legge, che dichiara prescrittibili in dieci anni *le azioni relative alla tutela;* essendo impossibile considerare come non riferentesi ai fatti della tutela stessa l'azione pel rendiconto, la quale anzi li comprende tutti; e contraddiceva non meno allo spirito della disposizione, poichè, se il tutore potesse per tutto un trentennio dopo la cessazione delle sue funzioni esser costretto a rendere giudizialmente il conto dell'amministrazione da lui esercitata, si verificherebbero indubitabilmente tutti quegl'inconvenienti, che il legislatore si propose di evitare stabilendo la più breve prescrizione di dieci anni. Oltre di che il poter obbligare il tutore a render conto, anche dopo ch'egli fosse rimasto sciolto per la prescrizione decennale da ogni sua responsabilità personale per dolo o colpa, non avrebbe più senso. Perciò la dottrina più recente è concorde nel ritenere che la prescrizione di dieci anni sia da applicarsi, prima di tutto, all'azione stessa pel rendimento del conto (1); e noi, che abbiamo una legge da cui è stabilita la prescrizione decennale, tanto per le azioni del minore contro il tutore e il protutore, quanto per quelle del tutore verso il minore, dobbiamo quindi conchiudere, come dicemmo, che a tale prescrizione rimangono soggette così l'azione del minore per costringere il tutore a dare il conto, come l'azione di questo per obbligar quello a riceverlo.

Fu anzi propugnato talvolta l'assunto che la prescrizione decennale non fosse applicabile ad altra azione relativa alla tutela, fuorchè quella appunto pel rendiconto. Ma ciò pure era insostenibile, perchè palesemente contrario alla generalità della disposizione della legge; ond'è chiaro doversi osservare quella prescrizione eccezionale per ogni azione riguardante l'esercizio della tutela, ancorchè abbia per oggetto soltanto qualche fatto particolare di essa,

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 156, 157; Aubry et Rau, t. I, § 121, p. 496; Laurent, t. V, n. 189.

intorno a cui il tutore o il protutore avendo lasciata inadempita una propria obbligazione debba risponderne verso l'amministrato. Anzi invero di quest'ultima specie di azioni unicamente può parlarsi rispetto al *protutore*, poichè a lui non può mai incombere l'obbligo di rendere il conto finale della tutela, sebbene sia tenuto, come ogni altro amministratore, a dare il conto particolare della gestione temporanea ch'egli abbia dovuto esercitare in caso di tutela vacante o abbandonata.

Sono soggette alla sola prescrizione ordinaria di trenta anni *le azioni estranee alla tutela*, ancorchè spettanti all'amministrato contro il tutore o il protutore, od a questo contro quello. Nella quale proposizione, che vale di raffronto e complemento alla precedente, stanno le maggiori difficoltà di applicazione; potendovi essere alcune obbligazioni, che, sebbene indipendenti per la loro origine dalla tutela, siano entrate in certo modo a far parte della gestione di essa, di guisa che pei rapporti fra tutore e amministrato debbano considerarsi come vere obbligazioni di tutela; e potendovene essere a rincontro altre, che derivate primitivamente dall'esercizio della tutela, ne siano poi divenute indipendenti. Queste idee, a cui forse non abbiam saputo trovare una forma di espressione abbastanza esatta enunciandole così genericamente, speriamo che trovino chiarimento sufficiente nelle spiegazioni che ora ci accingiamo a darne.

Un credito *nato dopo la cessazione della tutela* a profitto dell'amministrato verso chi gli fu tutore o protutore non darà certamente mai luogo ad un'azione che possa dirsi *relativa alla tutela*. Come sarebbe concepibile che riguardasse l'esercizio di essa, se, finchè questo durò, non aveva nemmeno esistenza?

Parimente un credito dello stesso amministrato verso il tutore o il protutore, quando pure abbia avuto vita anteriormente alla tutela o durante il corso di questa, ma per causa da essa indipendente, per esempio perchè il minore

sia succeduto ad un creditore del tutore, o questi ad un debitore del tutelato, se però non sia in questo periodo di tempo divenuto esigibile, rimane sempre estraneo alla gestione tutoria. Tale era per la sua origine, tale continuò ad essere finchè la tutela durò, nè dopo può assumere carattere di relativo ad una tutela che non esiste più. Ma all'opposto, se la esigibilità di un tale credito si verifichi durante l'amministrazione tutelare, esso acquista con ciò una certa attinenza coll' amministrazione medesima, in quanto che il tutore dovrebbe versare nella cassa della tutela la somma di cui egli stesso è tenuto verso l'amministrato, come dovrebbe esigere il credito del minorenne da un terzo debitore; ond'egli, dal giorno in cui l'obbligazione sua è scaduta, comincia a dovere in qualità di tutore tutto ciò che prima doveva per un titolo diverso. È ciò sufficiente per aversi a considerare l'azione spettante all'amministrato come *relativa alla tutela*, nel senso dell'articolo 309, e quindi estinguibile colla prescrizione decennale decorribile dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato stesso?

Vi fu un'opinione autorevolissima in senso affermativo. “ Se il debito sia divenuto esigibile durante la tutela, “ si disse, siccome il tutore era tenuto a pagarlo a se “ stesso, val dire a portarne l'ammontare a credito del “ minore, questi non potrebbe esigerne di nuovo il paga- “ mento, se non provando che tale operazione non ebbe “ luogo; ciò che non potrebbe fare fuorchè col mezzo di “ un esame del conto, ch'egli non può più domandare. In “ questo caso pertanto l'azione risultante dal credito si “ troverebbe implicata nella prescrizione stabilita dallo “ articolo 475 „ (1).

Questa argomentazione però, per quanto seducente a primo aspetto, non ha in realtà un fondamento ben sicuro.

(1) V. Delvincourt, t. I, n. 13, pag. 129.

Non è esatto che il minore, per poter richiedere il pagamento d'un suo credito derivante da titolo che non dipende dalla gestione tutelare, abbia bisogno di provare che il tutore non abbia riportato quel suo debito fra le partite dell'esatto nel conto finale della tutela. L'amministrato agisce in base del titolo originario del credito proprio. Spetta al tutore, che opponga di aver computato quel credito nella parte attiva del conto tutelare, di somministrarne la prova; nè a tal uopo gli abbisogna di fare quelle ricerche di fatti particolari della tutela e di documenti, dalle quali si volle esimere il tutore dopo il periodo, ritenuto conveniente, d'un decennio; ma gli basta produrre il conto. L'asserzione contraria non sarebbe sostenibile, se non supponendo che la esigibilità del credito dell'amministrato verso il tutore, verificandosi durante la gestione di questo, avesse prodotto senz'altro la estinzione del credito stesso, sostituendogliene per una specie di novazione un altro dipendente dalla tutela. Ma una tale idea non avrebbe alcun appoggio, nè nella legge positiva, nè nei principii. È verissimo che il tutore, il quale sia già debitore verso il proprio amministrato per causa indipendente dalla tutela, se il suo debito scada durante la gestione, ed egli manchi di farne il pagamento alla cassa tutelare, ne diviene debitore *anche in qualità di tutore*, perchè come tale avrebbe dovuto esigere da se stesso, come da un terzo che avesse il debito. Ma questo è un titolo nuovo di obbligazione, che si aggiunge al primo senza distruggerlo. Non potrebbe estinguerlo, se non in virtù di una disposizione di legge, che non vi è, nè potrebb'esservi; poichè sarebbe in aperta opposizione collo spirito di tutto il sistema, diretto a proteggere gl'interessi dei minorenni a fronte dei loro tutori, che un credito dell'amministrato avesse a subire novazione per effetto della sola sua scadenza durante la gestione tutelare, perdendosi così quelle maggiori guarentie, di fideiussione od altre, che lo assicurassero secondo il titolo primitivo, e sostituendosi alla prescrittibilità ordinaria la più breve d'un

decennio. L'amministrato ha dunque in codesto caso verso il proprio tutore una duplice azione: sia in base del titolo originario di suo credito, sia in base del titolo nuovo dipendente dall'amministrazione tutelare. Scegliendo di agire per quest'ultimo, egli dovrebbe naturalmente assoggettarsi all'applicazione delle regole proprie della tutela; e, per esempio, potrebbe bensì giovarsi a guarentìa del proprio credito verso il tutore, quand'anche quel credito fosse in origine puramente chirografario, dell'ipoteca legale di tutela, ma lo potrebbe soltanto entro il tempo di prescrizione straordinaria stabilito dall'art. 309. Scegliendo invece di valersi del suo titolo originario di credito, egli può esercitarne tutte le prerogative, e quindi anche può invocare il beneficio di non esser soggetto che alla prescrizione ordinaria di trent'anni. In questo senso è infatti concorde la dottrina (1).

Più facile è il riscontrare come talune obbligazioni, le quali primitivamente abbiano avuto causa dall'amministrazione tutelare, possano cessare d'essere considerate come dipendenti da essa, divenire soggette alle regole comuni, invece delle particolari della tutela, ed essere quindi estinguibili, non colla prescrizione eccezionale dell'art. 309, ma colla ordinaria di trent'anni. Ovvio è il caso in cui, per *novazione* convenuta fra le parti, una diversa obbligazione sia stata sostituita a quella che derivava a carico del tutore dalla sua gestione. L'obbligazione primitiva è allora estinta, e i caratteri peculiari di essa, e gli effetti che produceva in applicazione delle regole speciali della tutela, non passano nella obbligazione subentrata, la quale non può essere regolata da altre norme che le comuni alle obbligazioni derivanti da contratto.

Ma la dottrina è pure concorde nel ritenere che cessi d'essere applicabile la prescrizione eccezionale delle azioni

(1) V. Duranton, t. III, n. 645; Demolombe, t. VIII, n. 170-173; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 48; Laurent, t. V, n. 186.

relative alla tutela allorchè, senz'alcuna novazione, sia stata semplicemente riconosciuta dal tutore o dai suoi rappresentanti, dopo la cessazione della tutela, una obbligazione che gli derivasse da essa (1). Non è già che gli effetti d'un semplice riconoscimento possano parificarsi a quelli d'una novazione. È troppo evidente la differenza essenziale tra i due casi: nel primo dei quali non si fa che confessare l'esistenza di anteriori diritti altrui, e manifestare l'intenzione di sottomettersi all'esercizio di essi e soddisfare alle corrispondenti obbligazioni, quali risultano dal titolo stesso preesistente; nel secondo invece si estingue una obbligazione precedente sostituendovene un'altra. Se non che, anche nel primo dei detti casi, il riconoscimento del debito del tutore basta per far cessare i motivi della prescrizione eccezionale, a cui l'art. 309 sottometteva quel debito, ed a giustificare il ritorno alla regola generale della prescrizione trentennaria. Il timore d'ingiuste molestie, che potessero essere inferite al tutore pei fatti relativi alla tutela, non ha più luogo quando egli stesso abbia riconosciuta l'obbligazione che gli si domanda di soddisfare; nè vi sarebbe allora ragione alcuna di liberarnelo prima del tempo ordinario. L'azione che s'intenti contro di lui per questo scopo non lo richiama a rientrare sui fatti della tutela e giustificarli, poichè il debito risultante da quei fatti è già accertato dalla confessione sua stessa. Ora la mancanza dei motivi d'una legge eccezionale può essere sufficiente per renderla inapplicabile ai casi in cui tale mancanza si verifichi, sebbene apparentemente compresi dalle espressioni letterali della disposizione; mentre non varrebbe per restringere l'estensione d'una disposizione costituente regola generale. D'altronde i termini dell'art. 309 possono accordarsi con questa interpretazione. Quando vi si parla di *azioni relative alla tutela*, si suppone

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 159; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 49; Laurent, t. V, n. 187.

che di tali azioni sia fondamento il solo fatto dell'amministrazione tutelare, che si tratti di sindacare coll'azione intentata. Il caso che obbligazioni derivanti da quell'amministrazione siano state espressamente riconosciute dal tutore, può dirsi estraneo ai termini stessi in cui la legge è concepita.

329. Ciò che abbiam detto da ultimo vale pure a spiegazione di quanto è disposto nel secondo paragrafo dell'art. 309, conformemente al corrispondente art. 352 del codice Albertino, da cui fu tratto.

Nella massima che la prescrizione eccezionale di dieci anni non sia da applicarsi all'azione pel pagamento del reliquato concordava anche la dottrina francese, nonostante che di tale questione non fosse fatta parola in quel codice (1). Alcuni degli autori che abbiamo citati motivavano la loro opinione coll'osservare, che l'approvazione definitiva del rendiconto potesse considerarsi come costituente *una specie di novazione;* ed argomentavano di analogia dalla disposizione dell'art. 2274 del codice Francese (corrispondente all'art. 2141 del codice Italiano) in cui era detto, relativamente alle brevi prescrizioni di sei mesi, d'uno e di due anni, ch'esse " cessassero di decorrere " quando vi fosse stato un conto approvato, una scrittura " od obbligazione, o una citazione giudiziale non perenta „.

Il primo di questi argomenti, però, non avea valore; non potendosi paragonare ad una *novazione* del debito di tutela, il semplice accertamento di esso mediante il rendimento e l'approvazione del conto finale. La disposizione poi dell'art. 2274 del codice Francese, riguardante le brevi prescrizioni di sei mesi, un anno, e due (lasciamo da parte

(1) V. Toullier, t. II, n. 1276; Valette sur Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, chap. XIV, sect. VI, pag. 417-419; Duranton, t. III, n. 643; Marcadé, art. 475, t. II, n. 284; Demolombe, t. VIII, n. 158; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 49; Laurent, t. V, n. 187.

ora le modificazioni che furono introdotte nel corrispondente art. 2141 del codice Italiano), non presentava alcuna vera analogia colla prescrizione decennale stabilita dall'articolo 475 di detto codice (309 del nostro). Quelle brevi prescrizioni si fondano sopra una *presunzione di pagamento*, tantochè è concesso a coloro cui vengono opposte di poter deferire all'altra parte il giuramento *per accertare se realmente ha avuto luogo l'estinzione del debito* (art. 2275 codice Francese = 2142 codice Italiano); e posto ciò era ben naturale che quelle prescrizioni avessero a cessare quando vi fosse *un conto approvato*, che, portando un reliquato a debito, dimostrasse non essere stata soddisfatta interamente l'obbligazione. La prescrizione decennale delle azioni relative alla tutela ha, come vedemmo, tutt'altro fondamento: nè quindi si può argomentare per essa da ciò che è disposto intorno alle brevi prescrizioni predette.

Nondimeno, come osserva egregiamente il Laurent nel luogo sopra citato, " vi è un'altra ragione decisiva per non " applicare la prescrizione decennale all'azione in paga- " mento del reliquato: ed è, che i motivi, pei quali la legge " assoggetta ad una breve prescrizione le azioni relative " ai fatti della tutela, non sussistono per limitare l'azione " in pagamento del reliquato. Il tutore non ha bisogno di " ricorrere alle sue note, nè alla sua memoria, per sapere " di qual reliquato abbia debito. I fatti della tutela sono " stati discussi prima dell'approvazione del conto; ed " ormai non è più in virtù dei fatti della gestione, che si " agisce contro il tutore, ma in virtù di un conto sotto- " scritto da lui, che lo costituisce debitore. Non vi è " dunque più alcuna ragione per limitare la durata del- " l'azione che ne nasce ". Queste considerazioni giustificano pertanto la disposizione dell'art. 309, § 2, del nostro codice, con cui la questione fu espressamente risolta appunto nel senso insegnato unanimemente dagli autori francesi.

Il predetto articolo suppone il caso, più frequente a verificarsi, che il conto definitivo sia stato reso dal tutore

prima che siasi compiuta la prescrizione decennale, mediante cui l'azione dell'amministrato per ottenere il rendimento del conto avrebbe potuto rimanere estinta. Ma quand'anche avvenisse invece che, non ostante il decorso d'un decennio dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato, il tutore, o spontaneamente, o chiestone in giudizio e senza opporre la prescrizione, avesse reso un conto della sua gestione, da cui risultasse un reliquato a suo carico, sarebbe ugualmente applicabile la massima che l'azione dell'amministrato o dei suoi successori pel pagamento del reliquato non fosse più estinguibile, se non colla prescrizione ordinaria decorribile del giorno della liquidazione definitiva del conto medesimo. Il tutore col rendere il conto avrebbe tacitamente rinunziato alla prescrizione decennale, che a lui solo spettava di potere opporre (articoli 2109, 2111 cod. civ.). Accertato definitivamente il debito, sarebbe evidentemente impossibile pensare ad una nuova prescrizione decennale, che potesse prender corso, mentr'essa non troverebbe altra azione a cui potersi applicare fuorchè quella pel pagamento del reliquato, per la quale è espressamente esclusa dalla legge la prescrizione decennale.

Il testo dichiara inapplicabile la prescrizione eccezionale di dieci anni all'azione pel pagamento del residuo risultante *dal conto definitivo*, senz'alcuna limitazione. Sarebbe quindi arbitrario il voler distinguere tra i casi in cui il conto fosse stato reso in giustizia, o dato amichevolmente. D'altro lato i motivi della legge non possono esser diversi per l'un caso e per l'altro. Se in una liquidazione convenzionale del conto il tutore viene a riconoscere il proprio debito di reliquato, produce pari effetti anche il giudicato che dirima le contestazioni insorte; ed anche in questo caso *manca ogni ragione di limitare la durata dell'azione che nasce dalla liquidazione giudiziale del conto*, perchè il tutore non ha certamente bisogno di ricordare i fatti particolari della tutela per sapere di qual reliquato sia debitore,

mentre questo reliquato è già stabilito da un conto giudizialmente approvato, sul quale si fonda l'azione contro lui promossa, e non più sui fatti particolari della gestione.

Un'osservazione ancora dobbiamo fare su questa parte dell'art. 309, intorno ad una variazione che vi fu introdotta, a confronto del corrispondente art. 352 del codice Albertino. In questo parlavasi del *reliquato* risultante dal conto, mentre nella disposizione attuale alla parola *reliquato* fu sostituita l'altra *residuo*. Ciò non è senza un motivo. Per *reliquato* s'intende comunemente *l'eccedenza dell'esatto sullo speso:* val dire *ciò che avanza a profitto dell' amministrato.* Dicendo invece *residuo*, il codice Italiano ha inteso comprendervi qualunque rimanenza, sia poi attiva o passiva pel minore. Il che trovasi in perfetto accordo coll'altra innovazione fatta dal nostro codice, di stabilire la reciprocità di trattamento fra tutore e amministrato, rendendo comune ad ambidue la prescrizione decennale per le azioni che abbiano ad esercitare l'uno contro l'altro relativamente alla tutela. Questa stessa reciprocità è quindi mantenuta del pari nell'escludere, tanto per il tutore, quanto per il minore, la prescrizione straordinaria di dieci anni, circa le azioni pel pagamento del residuo passivo, e del reliquato attivo che risulti dal conto definitivamente approvato.

330. In altro luogo abbiamo avuto l'occasione d'accennare alle possibili rettificazioni del conto di tutela, quantunque definitivamente approvato (1).

Ora, ciò appunto dà luogo ad una delle questioni più imbarazzanti in questa materia: questione che verte sia sulla durata dell'azione in rettificazione del conto, sia sul punto di decorrenza della prescrizione che abbia da ritenersi applicabile.

Dovrà osservarsi in questi casi la prescrizione *decennale*, di cui all'art. 309? O la prescrizione *quinquennale* delle

(1) V. sopra, n. 320, pag. 1530 e seguenti.

azioni di nullità o rescissione dei contratti, secondo l'articolo 1300? O la prescrizione ordinaria di trent'anni a norma dell'articolo 2135? Avvertiamo la differenza tra il codice Francese ed il nostro, in ordine alle azioni di nullità e di rescissione dei contratti; delle quali azioni il codice Francese stabiliva la durata in *dieci* anni, il nostro la determina in *cinque*. Ond'è che l'interesse della questione di cui parliamo, limitato in diritto francese alla sola decorrenza della prescrizione, che per le azioni relative alla tutela si computava dalla maggiore età del tutelato (articolo 475), e per quelle di nullità dei contratti dalla scoperta dell'errore o del dolo, oppure dalla cessazione della violenza (art. 1304), presso noi si appalesa pure sotto l'aspetto della durata dell'azione.

Poniamo prima di tutto fuori di controversia il caso, che non sembra poter presentare dubbiezze gravi, in cui il conto di tutela sia stato liquidato per accordo delle parti, e la relativa convenzione venga impugnata di nullità *per errore, violenza o dolo*. Allora sarebbero applicabili le regole comuni delle azioni di nullità dei contratti per tali cause; e quindi dovrebbesi osservare la *prescrizione quinquennale*, computabile ai termini dell'articolo 1300 codice civile (1).

Ma invece si tratta d'un conto reso in giustizia, o che, se liquidato amichevolmente, non è impugnato *per vizii del consenso* prestato dalle parti alla relativa convenzione. È su questa ipotesi che volgonsi le controversie; tanto gravi da aver divise le opinioni dei giureconsulti in molti disparati sistemi. Chi ritiene le azioni in rettificazione de' conti tutelari prescrittibili soltanto in trent'anni decorribili *dalla maggiore età* del tutelato; chi vuole che la stessa prescrizione trentennale abbia a computarsi soltanto dal *rendimento del conto*; chi considera invece come applicabile la prescrizione decennale, secondo l'art. 1304, a partire *dal*

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 163, 165; Laurent, t. V, n. 190, pag. 205.

giorno in cui siano stati scoperti gli errori pei quali si chiede rettificazione, od almeno dal giorno in cui il conto definitivo fu reso; chi, infine, sostiene che tutte le azioni tendenti a regolarizzare o completare il conto siano da riguardarsi anch'esse come *relative alla tutela*, e regolate perciò dall'art. 475, tanto per la durata, che per la decorrenza della prescrizione (1).

La dottrina più recente, però, ha proposta una distinzione, che sembra da seguirsi, siccome perfettamente razionale e praticamente utilissima. Si è osservato che le *speciali domande, separatamente proponibili* per la rettificazione di errori, omissioni, falsità o duplicazioni di partite nel rendiconto tutelare (art. 327 cod. proc. civ.) possono fondarsi sopra due distinti ordini di fatti: o accertabili mediante la semplice ispezione del rendiconto stesso, come quando si tratti di *errori di conteggio, di duplicazioni di partite*, di omissione nel *riepilogo* di qualche partita attiva, annotata però nel corpo del rendiconto; o verificabili soltanto col ritornare sui particolari della gestione tutelare, sindacarli e somministrare le prove relative, come quando si tratti di *falsità*, di esazioni che non figurino in nessun modo nel conto, e si pretendano verificate, o di spese che si sostenga essere state annotate in somme superiori alle vere.

Nel primo caso, tutti si accordano nel dire che le speciali domande predette si riferiscono esclusivamente *al conto*, che si vuol far rettificare traendone gli elementi dal suo stesso contenuto; ma non costituiscono *azioni relative ai fatti della tutela*, sui quali non si tratta d'istituire indagini, nè di assoggettarli a censure; che perciò nè la lettera nè lo spirito della legge si prestano a poter ritenere appli-

(1) V. Cnfr. Toullier, t. II, n. 1277; Duranton, t. III, n. 643; Vazeille, *Des prescriptions*, t. II, n. 578; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 737; De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n. 1122; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 678; Dalloz, *Rep.*, v° *Compte*, n. 199.

cabile l'eccezionale prescrizione di dieci anni, ammessa per le sole *azioni relative ai fatti della tutela*, nè resta altra prescrizione possibile fuori dell'ordinaria di trent'anni, decorribile naturalmente dalla liquidazione del conto definitivo, in cui si chiede la rettificazione di errori, omissioni, falsità o duplicazioni di partite, che si pretende vi siano.

Nel secondo caso si ammette pure concordemente la massima che l'azione debba riguardarsi come *relativa ai fatti della tutela*, poichè rende necessario il rientrare nella discussione di questi fatti per poter pronunciare sulla controversia; e che perciò concorrendo così la lettera, come lo spirito della legge, che stabilisce la eccezionale prescrizione di dieci anni per le azioni relative alla tutela, debba applicarsi codesta prescrizione eccezionale, computandola secondo la detta legge dalla maggior età del tutelato (1).

Se non che tra questi medesimi autori sorge pure qualche discordanza di opinioni relativamente al caso che i fatti non risultanti dallo stesso rendiconto, e sul fondamento dei quali chiedasi la parziale rettificazione di errori od omissioni, abbiano un carattere di *frode* dalla parte del tutore. Alcuni non prevedono quest'ipotesi speciale, e dicendo in genere applicabile l'art. 475 del codice Francese, sembra che intendano non doversi distinguere se in ciò che dà fondamento alla domanda di rettificazione del conto sia implicata o no, una *frode* del tutore (2). Uno di essi ritiene bensì doversi applicare l'art. 1304 in caso di *dolo* del tutore, ma ciò intende del *dolo* vero e proprio, considerato come vizio del consenso prestato dall'amministrato all'approvazione del conto, non della semplice *frode*, la quale non sia caratterizzata da raggiri usati contro l'altra parte, e tali che senza di essi non avrebbe contrattato (art. 1116 codice Francese, 1115 codice Italiano) (3). Altri

(1) Marcadé, art. 475, t. II, n. 284; Demolombe, t. VIII, n. 160-162; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 41; Laurent, t. V, n. 190, pag. 294-295.
(2) V. Marcadé, Demolombe, ll. cc.
(3) V. Demolombe, t. VIII, n. 163.

invece, supponendo appunto il caso di *frode*, professano che " se le omissioni o gli errori rilevati dall'amministrato " presentino dalla parte del tutore *un carattere fraudolento*, " l'azione in rettificazione del conto di tutela non si pre- " scriverà che *in dieci anni a partire dalla scoperta del dolo* " conformemente all'art. 1304 „ (1).

Altri ancora insegna, che, trattandosi quasi sempre di *omissioni fatte deliberatamente*, e perciò *fraudolente*, ma senza che chi rese il conto abbia usati raggiri per indurre chi lo riceveva ad approvarlo, " non vi è luogo, in tali " casi, a nullità in virtù dell'art. 1116 codice Francese, e, " per conseguenza neppure l'art. 1304 può essere appli- " cabile „; che parimente non può essere applicabile la prescrizione dell'art. 475 " la quale non ha certamente per " oggetto di proteggere le frodi del tutore, e sarebbe iniquo " che venisse invocata contro il minore, il quale se non ha " agito entro i dieci anni dalla sua maggiore età, è perchè " ignorava la frode; che dunque non potendosi applicare " nè l'art. 1304, nè il 475, si rientra necessariamente nella " regola generale della prescrizione trentennaria „ (2).

Abbiam già detto parerci completamente accettabile, in massima, la distinzione surriferita. Se ciò che s'impugna colle parziali domande di rettificazione del conto non è che il contenuto di esso, assumendosi di ricavarne tutti gli elementi necessari a giustificare le domandate correzioni, senza ricorrere ad indagini sui fatti particolari della tutela; è chiaro che il caso è estraneo sì alla lettera che ai motivi dell'art. 309, il quale sottopose alla straordinaria prescrizione di dieci anni *le sole azioni relative alla tutela*, con lo scopo di rassicurare il cessato tutore da molestie che lo esponessero a dover ritornare colla memoria sui fatti particolari del lontano esercizio delle funzioni sue, a doversi munire di documenti ormai difficilmente reperibili, per

(1) V. Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 42.
(2) V. Laurent, l. c. pag. 206.

potersi difendere contro le tarde domande intentategli. Esclusa la prescrizione decennale stabilita dall'art. 309, tanto meno potrebbe pensarsi alla *quinquennale* di cui nel-l'art. 1300. Essa riguarda *le azioni di nullità o di rescissione di un contratto*, mentre qui non si tratta di *annullare la convenzione* con cui fu liquidato ed approvato il conto, chè anzi, ogni revisione complessiva di rendiconti è vietata (1), ma solo di correggere, in seguito a specifiche e distinte domande, parziali errori che nel conto stesso si trovino (art. 327 codice proc. civ.). Contro tali azioni non può adunque essere eccepibile che la prescrizione ordinaria stabilita dall'art. 2135, la quale poi non può decorrere che dal giorno della liquidazione del conto, poichè in esso soltanto cominciò ad esistere l'azione per farlo rettificare, contro cui la prescrizione verrebbe opposta.

Se invece le chieste correzioni importano di dover esaminare i fatti della gestione tutelare, per confrontarli colle partite del rendiconto, e giudicare se questo debba essere parzialmente rettificato, per esazioni effettuate e non menzionate nella parte attiva, o per eccesso di spese annotate nella parte passiva, è chiaro altrettanto che si è nei termini dell'art. 309; essendo indubbiamente un'*azione relativa alla tutela* quella che è diretta a sindacare retrospettivamente i fatti costituenti l'esercizio di essa, per conformare ad essi colle opportune correzioni il conto finale, e si verificano pure i motivi della disposizione stessa, giacchè col predetto sindacato si costringerebbe il tutore a rientrare nelle particolarità della sua gestione, a richiamarne alla memoria i fatti singoli, a procurarsi le giustificazioni difficili, forse impossibili a raccogliersi dopo trascorso il lungo periodo di più che dieci anni. Conseguenza di ciò dev'essere, che non solo l'azione abbia da ritenersi prescritta in dieci anni, ma la decorrenza di tale prescrizione sia da compu-

(1) V. sopra, n. 320, pag. 1530.

tarsi *dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato*, come dichiara lo stesso art. 309. Una obbiezione veramente grave è possibile contro quest'ultima conclusione. Seguendo tali concetti, può dirsi, avverrà talvolta che all'amministrato non rimanga alcun tempo utile per reclamare contro gli errori o le omissioni che riconoscesse nel conto, qualora il tutore lo abbia reso nell'estremo limite del decennio concesso per poter esercitare l'azione in rendimento del conto. E ciò non è negabile. Ma avrebbe l'amministrato giusta ragione di lagnarsene? È dipeso da lui se ha tollerato che il tutore trascurasse per tanto tempo l'adempimento dell'obbligo suo. Avrebbe potuto citarlo a rendere il conto, e con ciò avrebbe interrotto il corso della prescrizione. Se arrivato agli ultimi istanti del decennio, non trova più tempo sufficiente alle sue indagini sui fatti della tutela, se scoprendo nel rendiconto definitivo, qualche tempo dopo l'approvazione di esso, errori od omissioni, per quanto gravi, in proprio danno, non può più ripararvi, lo imputi a sè stesso. La legge gli aveva concesso in un decennio quanto tempo bastava per ottenere dal tutore forzatamente, occorrendo, il rendiconto, per sindacare i fatti della tutela, e confrontandoli col conto stesso, scoprire gli errori di questo e promuoverne le correzioni.

Resta il caso speciale, che le imperfezioni del conto derivino da *frode* del tutore. Ma pare a noi, che, ammesso comprendersi anche questo caso nella disposizione dell'articolo 309, non si possa poi prescindere dall'applicarla nella sua interezza, anche quanto alla decorrenza della prescrizione decennale computabile *dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato*. Ricorrere, secondo la teoria dei signori Aubry e Rau, all'altro art. 1300, non lo reputiamo possibile. In tal caso bisognerebbe parlare, quanto al diritto nostro, non più di prescrizione *decennale*, ma di *quinquennale* soltanto; giacchè, come sopra notammo, per una innovazione fatta dal nostro codice, tale è

la prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione dei contratti, secondo l'art. 1300, a differenza di quella delle azioni relative alla tutela secondo l'art. 309. Ma poi l'articolo 1300 è affatto inapplicabile, come già dimostrammo, al caso attuale, in cui si tratta di azioni speciali introdotte per semplici correzioni di errori, omissioni, falsità o duplicazioni incorse nel conto tutelare, non di azione diretta *a far annullare la convenzione*, colla quale sia stato liquidato ed approvato il conto medesimo, mentre quell'articolo, recante una disposizione speciale e derogatoria alle regole comuni della prescrizione, non concerne che *le azioni di nullità o di rescissione dei contratti.*

Ritener poi inapplicabile, secondo la teoria del Laurent, la disposizione dell'art. 309, per ricorrere invece alla regola generale dell'art. 2135, non ci sembra che abbia buon fondamento. Innanzi tutto, abbiamo provato prima d'ora che le azioni in rettificazione del conto tutelare hanno a reputarsi comprese e nella lettera e nello spirito dell'articolo 309; nè ci paiono convincenti gli argomenti addotti in contrario. La prescrizione decennale delle azioni relative alla tutela non può reputarsi introdotta, dice l'illustre autore, *per proteggere la frode del tutore*. Ed è incontestabile. Ma l'addurre questo argomento per escludere la prescrizione decennale, e riportarsi alla sola prescrizione generale di trent'anni, è quanto supporre certa quella frode, che è solamente allegata. Ed appunto per impedire che sotto infondati pretesti di frodi si molesti dopo lungo tempo un tutore, chiedendogli correzioni del conto, per la difesa del quale egli non potrebbe forse trovar più nella sua memoria e nei documenti i mezzi opportuni, è giustificato che s'imponga silenzio alle tardive accuse colla prescrizione decennale.

Sarebbe iniquo, si soggiunge, l'invocare questa prescrizione contro il minore, che non ha agito perchè ignorava la frode. Ma quest'argomentazione non varrebbe ugualmente contro qualunque prescrizione, sia pure la

trentennaria? E per scoprire la frode, e distruggerne colle opportune azioni gli effetti, non ha la legge dato all'amministrato un tempo congruo, fissandogli un decennio per esercitare contro il tutore *qualunque azione relativa alla tutela*, affinchè dopo un così lungo periodo potesse almeno rimanere tranquillo chi per interesse pubblico prestò un ufficio tanto gravoso?

331. Abbiamo annunziata altrove, ma abbiamo riserbata a questo luogo la questione, se la prescrizione dell'azione di nullità, con cui sono impugnabili le convenzioni fatte tra il tutore e il minorenne divenuto maggiore, prima della definitiva approvazione del conto della tutela, e in contravvenzione quindi al disposto dell'art. 307, § 2, debba regolarsi coll'applicazione dell'articolo 309 o con quella dell'art. 1300 (1). È anch'essa una delle più faticose in questa materia, ed ha dato luogo ad una notevolissima dissidenza fra gli scrittori francesi, i quali hanno proposti svariati sistemi; e per noi presenta un interesse anche maggiore, in quanto che, come altra volta osservammo, in diritto francese la prescrizione era decennale, tanto per l'art. 475, quanto pel 1304 di quel codice, e l'unica differenza consisteva nella decorrenza della prescrizione, che per le azioni relative alla tutela si computava dalla maggiore età del tutelato, per le azioni di nullità o di rescissione in generale dovea decorrere dalla data dell'atto impugnato; mentre secondo i corrispondenti articoli 309 e 1300 del codice Italiano vi è anche differenza nella durata dell'azione, che giusta il primo dei citati articoli è di dieci anni, e giusta il secondo è di cinque soltanto.

Gl'interpreti del codice Francese generalmente tenevano per fermo, che la prescrizione dell'azione di nullità per impugnare le convenzioni fatte in contravvenzione all'ar-

(1) V. sopra, n. 324, pag. 1551 seg.

ticolo 472 (307, § 2, cod. Italiano), fosse la *decennale;* ma erano poi discordi nello stabilire il punto di decorrenza di tale prescrizione.

Alcuni, ritenendo applicabile l'art. 1304 (1300 codice Italiano), fissavano quel punto di decorrenza *dalla data dell'atto impugnato*, secondo il principio che è impossibile il corso della prescrizione per estinguere un'azione che non sia ancor nata, ed essendo d'altronde inconcepibile l'esistenza di un'azione per far annullare un atto tuttora inesistente esso stesso (1).

Altri invece, ritenendo applicabile l'art. 475 (309 codice Italiano), facevan decorrere la prescrizione *dalla maggiore età del tutelato*. Dicevano che anche le azioni per far annullare le convenzioni fatte in contravvenzione all'articolo 472 dovessero riguardarsi come *relative alla tutela*, perchè erano dirette in ultimo a costringere il tutore a rendere un nuovo conto della sua gestione, ed a riporre quindi in discussione i fatti a questa relativi (2). Quello però dei predetti autori che citammo da ultimo, finiva per ammettere come temperamento una distinzione tra l'azione in nullità della convenzione stipulata senza l'osservanza dell'art. 472, e l'azione in rendimento del conto di tutela: dicendo che si avesse a ritenere " autorizzato " l'ex-minore a promuovere l'azione in nullità della con- " venzione entro *i dieci anni dalla data della convenzione* " *stessa*, a termini dell'art. 1304; ma senza ch'egli potesse " mai, neppure in questo caso, esercitare alcuna azione " relativamente ai fatti della tutela, dopo spirato il " decennio a contare dalla sua maggiore età „.

Un terzo sistema, ritenendo inapplicabile l'articolo 475, applicabile invece il 1304 combinato col 472, ed osser-

(1) V. Toullier, t. II, n. 1278; Vazeille, *Des prescriptions*, t. II, n. 581; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 737.

(2) Merlin, *Rep.*, v° *Tutelle*, sect. V, § 2, n. 3; Troplong, *De la transaction*, t. II, n. 1087; De Fréminville, *Tr. de la min. et de la tut.*, t. II, n. 1119; Chardon, *Traité des trois puissances*, parte III, n. 522, 523; Demolombe, t. VIII, n. 164-169.

vando che il detto art. 1304 si fondava sulla presunzione legale d'una *conferma tacita*, la quale non poteva aver luogo, nei casi dell'art. 472, se non *dopo* che il conto di tutela fosse stato reso; ne deduceva che " la prescrizione " di dieci anni non potesse cominciare a decorrere se " non *a partire dal giorno del rendimento del conto* „ e che se anche si fosse intanto compiuto il decennio dalla maggior età, entro cui soltanto potevasi, a termini dell'articolo 475, chiedere il rendiconto, " l'azione di nullità " sussistesse tuttavia, nè potesse mai opporsi al tutelato " la prescrizione, finchè il conto di tutela non fosse " reso „ (1).

Un'altra opinione si formò ancora: la quale argomentando parimente dal fondamento dell'art. 1304 in una presunzione di conferma tacita, e dalla impossibilità di questa finchè non fossero adempite le condizioni richieste dall'art. 472, ne conchiudeva che l'azione in dichiarazione di nullità, a termini di questo articolo, non potesse essere soggetta alla prescrizione decennale dell'art. 1304, ma solo alla prescrizione ordinaria di trent'anni decorribili dalla data della convenzione o dell'atto soggetto ad annullazione (2).

Quest'ultima teoria pare a noi veramente la meno accettabile di tutte le preaccennate. Che la prescrizione speciale delle azioni di nullità dei contratti, ammessa dall'art. 1304 del cod. Francese, corrispondente al 1300 del codice Italiano, debba riguardarsi come fondata sopra una presunzione di rinunzia all'azione di nullità, di conferma della convenzione annullabile, non è da porsi in dubbio. Che la conferma d'una convenzione intervenuta fra il tutore ed il minore fatto maggiore prima della definitiva approvazione del conto della tutela, contravvenendo perciò alla proibizione contenuta nel secondo paragrafo dell'ar-

(1) V. Laurent, t. V, n. 191.
(2) Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 35.

ticolo 307, non possa aver luogo efficacemente, se non dopo che tale approvazione del conto sia seguìta, è parimente indubitabile; perchè altrimenti l'atto di conferma riuscirebbe infetto di quel medesimo vizio di nullità che si vorrebbe correggere. Ma l'argomentare da ciò all'esclusione assoluta di qualunque altra prescrizione, che non sia l'ordinaria di trent'anni, ci sembra soverchio. Tutto ciò che può dedursene logicamente è, che la prescrizione possa decorrere solamente dal giorno in cui siasi verificata la definitiva approvazione del conto; non già che debba essere unicamente la trentennaria. Per giungere a questa conclusione, bisognerebbe prima escludere l'applicabilità di disposizioni particolari, che restringano a minor tempo la prescrizione delle azioni di cui si tratta. Appunto perciò diviene indispensabile esaminare se l'azione di nullità delle convenzioni stipulate in contravvenzione all'articolo 307, § 2, possa essere prescrittibile secondo la disposizione dell'art. 309, o secondo l'altra dell'art. 1300 del codice nostro.

Ora, la prima di queste disposizioni parrebbe a noi veramente che non potesse reputarsi comprensiva del caso di cui attualmente ci occupiamo. Fu detto, è vero, che fra le *azioni relative alla tutela*, di cui parlasi nell'art. 309, sia da annoverarsi anche quella diretta a far annullare un contratto stipulato fra il tutore e l'amministrato prima della definitiva approvazione del conto, perchè *quell'annullamento tende ad esigere dal tutore un nuovo rendimento del conto ed a rimettere quindi in discussione i fatti della tutela* (1). Ma la qualificazione d'un'azione deve forse determinarsi da uno scopo indiretto che possa proporsi chi la eserciti o non piuttosto dall'oggetto proprio e diretto dell'azione medesima?

Sarà vero che in molti, e se vuolsi nel massimo numero dei casi, si promuova la dichiarazione di nullità delle con-

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 168, 1.

venzioni fatte coll'ex-tutore, nell'intento di richiedergli poi un regolare rendimento di conti. Ma intanto l'oggetto vero e proprio dell'azione non consiste in altro che nell'annullamento di quelle convenzioni. E in ciò può esservi un interesse reale e legittimo, indipendentemente dalla successiva richiesta d'un rendiconto; poichè colle convenzioni che si vogliano far annullare può l'amministrato avere assunte obbligazioni da cui gli giovi di svincolarsi; e ciò tanto meno può ammetter dubbio nel diritto nostro, se, come ci parve, deve ritenersi che la proibizione contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 307 non si limiti alle sole convenzioni riguardanti la gestione stessa della tutela e il relativo rendiconto, ma comprenda in genere qualunque contratto fra il tutore e il minorenne divenuto maggiore (1). Coll'impugnare tali contratti, che possono anche essere affatto estranei pel loro oggetto alla gestione tutelare, non è certamente sui fatti particolari di questa che si richiami il tutore a dover rientrare, nè intorno ad essi lo si costringe a dover ricercare prove, che forse il lungo tempo passato in mezzo può aver fatto smarrire. Mancano dunque evidentemente i motivi della disposizione eccezionale recata dall'art. 309, come non è applicabile la lettera di esso, perchè non si tratta veramente di *azioni relative alla tutela*. Perciò la prescrizione speciale di *dieci anni computabili dal giorno della maggiore età dell'amministrato*, che è stabilita dall'articolo stesso, non ci sembra estensibile alle azioni di nullità delle convenzioni vietate dall'art. 307, § 2.

Ma reputiamo poi altrettanto chiaro che possa invocarsi contro tali azioni la prescrizione quinquennale di cui all'art. 1300; giacchè essa riguarda indistintamente *qualunque azione di nullità dei contratti*. Le parole di questa disposizione comprendono pertanto indubbiamente anche il caso di domande di nullità contro convenzioni che siano state stipulate tra il tutore e l'amministrato in onta

(1) V. sopra, n. 323, pag. 1545 e seguenti.

alla proibizione risultante dal disposto dell'art. 309, § 2, come vi si estende manifestamente anche lo spirito della disposizione stessa, che ha per fine di ovviare ad una troppo lunga incertezza intorno alla validità dei contratti. Solo che, mentre in generale questa prescrizione decorre dal giorno in cui ebbe luogo il contratto o l'atto infetto dal vizio di nullità o di rescissione, qui invece il tempo della prescrizione stessa non potrebb'essere computabile fuorchè dal giorno in cui si fosse verificata la definitiva approvazione del conto della tutela; perchè solo da quel giorno la convenzione annullabile in virtù dell'art. 307, § 2, diverrebbe suscettibile di conferma espressa o tacita, e perchè sopra una presunzione legale di conferma è fondata appunto la speciale prescrizione stabilita dall'articolo 1300.

Certamente potrà accadere per ciò che per il compimento del decennio dal giorno della maggiore età dell'amministrato si trovi prescritta, in virtù dell'art. 309, l'azione per esigere dal tutore il rendimento del conto, come qualunque altra azione relativa alla tutela, mentre non sia ancora decorsa la prescrizione estintiva dell'azione per far annullare le convenzioni stipulate fra il tutore e l'amministrato stesso. E ne conseguirà che l'annullamento di tali convenzioni possa chiedersi ed ottenersi, quantunque non si possa poi costringere il tutore a dare un nuovo rendiconto. Ma ciò non deve far meraviglia; poichè, come già osservammo, l'una di queste cose è perfettamente distinta dall'altra, e può esservi un interesse legittimo ed attuale a far dichiarare nulle quelle convenzioni, siano poi relative od estranee alla gestione della tutela, sebbene alla domanda ulteriore d'un nuovo rendiconto sia poi eccepibile la prescrizione dell'art. 309.

Del resto questa teoria, che a noi pare anche qui preferibile, non ostante che incontri qualche obbiezione, è ammessa da tutti pei casi in cui le convenzioni stipulate tra tutore e amministrato prima del rendimento del conto

siano impugnate, non già per contravvenzione al disposto dell'art. 307, § 2, ma per vizii del consenso. Nella quale ipotesi non potrebbe infatti essere dubbio che la sola prescrizione applicabile a tali azioni sarebbe la quinquennale stabilita dall'art. 1300, e computabile dal giorno in cui fosse cessata la violenza, o fossero stati scoperti l'errore o il dolo, che venissero addotti come cause di nullità. Ed allora è certo eziandio che l'amministrato, il quale avesse ottenuto l'annullamento d'una *convenzione relativa al conto* della gestione tutelare, *per vizii di violenza o dolo*, di cui quella convenzione fosse infetta, potrebbe domandare al tutore un nuovo conto della sua amministrazione, nonostante che fosse trascorso il decennio dalla maggiore età prefisso dall'articolo 309, perchè all'autore della violenza o del dolo non potrebbe mai essere lecito di prevalersene per sottrarsi a render ragione del suo operato nell'esercizio della tutela. Tenuto a *risarcire i danni* derivati del fatto suo delittuoso (articolo 1511 cod. civ.) lo sarebbe pur sempre necessariamente a dover rendere un conto regolare, al fine di stabilire quali fossero codesti danni (1).

332. Il nostro codice, come il Francese, il Napoletano e l'Albertino, determina espressamente il punto di decorrenza della prescrizione speciale, che ha stabilita per le azioni relative alla tutela. Se non che, come già abbiamo riferito (2), mentre i codici anteriori facevano decorrere quella prescrizione *dal giorno della maggiore età*, l'Italiano dichiara computabili i dieci anni *dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato* (art. 309 codice civile). Con quest'aggiunta si è risposto legislativamente ad una questione, a cui poteva lasciar luogo la disposizione del codice Francese e degli altri ora accen-

(1) V. Duvergier sur Toullier, t. II, n. 1278, n. 1; Demolombe, t. VIII, n. 165; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 17.
(2) V. sopra, n. 326, pag. 1556 e seguenti.

nati. E, secondochè pare a noi, si è dato inoltre argomento sicuro per la risoluzione di altri dubbii, che in quelle legislazioni si presentavano, avendo il legislatore italiano manifestato chiaramente il concetto che due soli possano essere i punti di decorrenza della prescrizione decennale estintiva delle azioni relative alla tutela: la morte, cioè, dell'amministrato, se per questa causa sia venuta a cessare durante la minore età di lui, la tutela; e la maggiore età per tutti gli altri casi, sia di assoluta estinzione dello stato di tutela, sia di sola cessazione delle funzioni del tutore.

Anche in diritto francese, nonostante la mancanza di una espressa disposizione che prevedesse il caso, gli autori erano concordi nel respingere l'idea, che, avvenendo la morte del pupillo in minore età, gli eredi di lui avessero a godere del medesimo beneficio, che sarebbe spettato al loro autore, in ordine alla decorrenza della prescrizione delle azioni tutelari, computandola dal giorno in cui l'amministrato defunto avrebbe raggiunta la maggiore età. Tutti ritenevano al contrario che in tal caso il corso della prescrizione dovesse computarsi *dal giorno della morte del minore;* perchè, trattandosi d'una vera prescrizione, dovevano esserne applicate le regole comuni, secondo le quali le prescrizioni *non corrono contro un minore*, ma nel caso della morte di questo riprendono tosto il loro corso contro gli eredi, se siano maggiori di età e capaci, essendo la causa della anteriore sospensione inerente alla persona del minore defunto. I più erano del pari assenzienti nella massima che dovessero in tutto applicarsi le regole comuni relative alla interruzione ed alla sospensione del corso delle prescrizioni; talchè, se gli eredi del minore defunto fossero essi stessi minori di età, la prescrizione rimanesse sospesa in loro favore (1). Anche

(1) V. Duranton, t. III, n. 644; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n. 73; Demolombe, t. VIII, n. 153, 154; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 39, 40; Laurent, t. V, n. 183, pag. 197.

questa massima fu consacrata con disposizione espressa dal codice Italiano, che dichiarò computabile dalla morte dell'amministrato la prescrizione decennale " *senza pre-" giudizio però delle disposizioni relative all' interruzione o " sospensione del corso delle prescrizioni* ".

Tra le cause per le quali può finire assolutamente lo stato di tutela rimane però non prevista esplicitamente quella che può consistere nell'*emancipazione* del minore.

Gl' interpreti del codice Francese ritenevano che la prescrizione non corresse che dal giorno della maggiore età del pupillo, quando anche egli fosse stato emancipato (1). Ed a tale opinione trovavano un fondamento sicuro nei principii generali relativi alla sospensione della prescrizione; poichè quel codice stabiliva " non aver luogo la prescrizione *contro i minori* " senza distinguere se emancipati, o no; ond'era ammesso che anche a benefizio degli emancipati si verificasse la sospensione.

Non è veramente così del codice Italiano. Esso ha dichiarato espressamente applicabili anche alla prescrizione delle azioni relative alla tutela *le disposizioni concernenti la interruzione e la sospensione del corso delle prescrizioni* in generale. Ora l'articolo 2120 stabilisce che " le prescrizioni non corrono contro i minori *non eman-" cipati* " e combinando questa disposizione col principio che le cause legali di sospensione della prescrizione sono tassative e di stretta interpretazione, se ne ricava dunque che *contro i minori emancipati la prescrizione ha il suo corso.*

Da tutto ciò potrebbesi pertanto dedurre che nel caso d'emancipazione del minorenne la prescrizione delle azioni di lui contro il tutore o il protutore avesse a computarsi *dal giorno della emancipazione stessa*, la quale per questo

(1) V. Delvincourt, t. I, n. 2, pag. 125; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 678; Demolombe, t. VIII, n. 152; Aubry et Rau, t. I, § 121, n. 38; Laurent, t. V, n. 183 int.

effetto avesse da parificarsi alla maggiore età. Tuttavia propendiamo a ritenere in contrario che anche nel caso d'emancipazione la prescrizione predetta debba cominciare il suo corso solamente dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato. Ci induce a questa opinione il riflesso già sopra avvertito, che il nostro legislatore avendo voluto risolvere con disposizioni espresse nell'articolo 309 tutte le questioni che si erano sollevate sotto le legislazioni precedenti circa la determinazione del punto di decorrenza della prescrizione estintiva delle azioni di tutela, ed avendo accennato a due soli momenti, da cui tale prescrizione è computabile, cioè *la maggiore età* e *la morte dell'amministrato*, ha con ciò palesato di voler escludere qualunque decorrenza diversa, e così anche quella della emancipazione del minore. Così, è vero, si deroga alla regola generale dell'articolo 2120, che lascia luogo al corso della prescrizione anche contro i minori qualora siano *emancipati*. Ma questo benefizio eccezionale, concesso ai tutelati per ciò solo che riguarda le azioni relative alla tutela, è anche facilmente giustificabile; perciocchè, se di regola l'emancipazione fu reputata sufficiente a far cessare i motivi pei quali si accorda ai minori il favore di tener sospeso il corso delle prescrizioni contro di loro, non era da ritenersi altrettanto per le azioni relative alla tutela: rispetto alle quali la influenza facilmente conservata sull'emancipato da chi ne fu fino allora il tutore potrebbe esser causa di distogliere l'emancipato stesso dal promuovere contro il tutore le azioni predette.

Quanto ai casi di cessazione delle sole funzioni del tutore, per qualunque delle cause che già accennammo (1), non vi può esser dubbio. L'applicazione del principio generale che vieta il corso delle prescrizioni *contro i minori non emancipati* (art. 2120 cod. civ.) impedisce evidentemente che anche per le azioni relative alla tutela la prescrizione

(1) V. sopra, n. 292, pag. 1417 e seguenti.

decennale possa computarsi da altro giorno fuorchè quello della maggiore età o della morte dell'amministrato. Così potrà in tali casi avvenire che contro il tutore, di cui siano cessate le funzioni, le azioni dell'amministrato siano esercibili per molto maggior tempo di un decennio (1).

(1) V. Demolombe, t. VIII, n. 151; Laurent, t. V, n. 183.

Fine del Volume VIII.

INDICE DEI TITOLI, CAPI E SOMMARII

contenuti in questo Volume VIII

TITOLO IX.

DELLA MINORE ETÀ, DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE

Nozioni generali.

Num. Pagine

1. Cause d'incapacità generali agli atti della vita civile, contemplate in questo e nel successivo titolo 1-5
2. Le disposizioni di legge risguardanti questa materia sono tutte d'ordine pubblico 5-6

CAPO I.

Della minore età.

3. Idee generali su questa causa d'incapacità agli atti della vita civile . 7-9
4. Minorità ordinaria e minorità speciali 9-11
5. Come si calcoli la durata della minore età 11-16
6. Incapacità generale derivante dalla minorità ordinaria. Se si estenda fino a rendere nulli gli atti che il minore abbia fatti personalmente, coll'intervento però e coll'autorizzazione di chi lo rappresenta legittimamente 16-17
7. Mezzi con cui la legge ha provveduto alla incapacità derivante dalla minorità 17-18
8. Differenze principali tra la patria potestà e la tutela . . . 18-20
9. I figli illegittimi sono necessariamente in istato di tutela sin dal tempo della nascita 20-21

CAPO II.

Della tutela.

Nozioni generali.

Num. Pagine

10. Definizione: la tutela dei minori e quella degli interdetti sono regolate colle stesse norme 21-23
11. La tutela è un uffizio civile d'ordine pubblico; ma non è un uffizio pubblico nello stretto senso. Conseguenze di questi principii . 23-25
12. La tutela è un uffizio obbligatorio e gratuito 25-28
13. È deferita per legge, o per disposizione dell'uomo autorizzata dalla legge. Distinzione conseguente di tre diverse specie di tutela . 28-29
14. Se la tutela possa essere deferita a termine o sotto condizione 29-40
15. La tutela non può essere deferita a più tutori. Applicazioni di questa massima. 40-48
16. Uffici speciali compresi nella tutela 48-50
17. Poteri distinti che ne costituiscono la organizzazione . . . 50-53
18. Per quali cause si verifichi l'aprimento della tutela . . . 53-55
19. Confronti tra l'ufficio di tutela generale e permanente, e la tutela speciale, quella temporanea, e la cura, ammesse per certi casi dalla legge 55-59
20. Tutela di diritto e tutela di fatto 59-63

Sezione I.

Dei tutori.

21. Partizione della materia 64

§ I. — *Della tutela testamentaria.*

22. Quale dicasi tutela testamentaria 65-66
23. Fondamento della facoltà, conceduta all'ultimo superstite dei genitori, di dare un tutore ai figli minori di età. Caratteri giuridici dell'atto di nomina del tutore 66-67
24. A quali persone e sotto quali condizioni sia data la facoltà predetta . 67-70
25. (*a*) Essa non compete, che a quello dei genitori legittimi che sia rimasto superstite 70-75
26. (*b*) Non gli compete se non quando al tempo di sua morte si trovi nell'esercizio della patria potestà 75-88

Num. Pagine
27. Forme dell'atto di nomina del tutore testamentario 88-91
28. Chi possa essere nominato a tutore testamentario. Qualunque sia il numero dei figli, non può mai essere nominato che un solo tutore 91-96
29. Revocabilità della nomina 97-99
30. Della facoltà spettante a chi istituisca erede il minore di nomi-nargli un curatore per l'amministrazione delle sostanze lasciategli 99-101
31. (*a*) Quali persone possano nominare il curatore 101-105
32. (*b*) In quale forma possa farsi la nomina 106
33. (*c*) Quali siano gli uffici attribuiti al curatore 107
34. (*d*) Come debba provvedersi nel caso che il curatore nominato non possa o non voglia assumere l'ufficio o continuarne l'esercizio 107-110

§ II. — *Della tutela legittima.*

35. Idee generali adottate nel nostro codice a proposito di questa specie di tutela 110-115
36. In quali casi abbia luogo la tutela legittima 115-127
37. Casi nei quali, in mancanza della tutela testamentaria, subentra senz'altro la dativa 127-131
38. Ordine della tutela legittima. Casi, nei quali mancando la tutela dell'avo paterno, essa passa all'avo materno, e casi in cui subentra senz'altro la tutela dativa 131-138
39. Tutela legittima dei figli naturali e dei ricoverati negli ospizii pubblici . 138-140

§ III. — *Della tutela dativa.*

40. In quali casi abbia luogo la tutela dativa pei minori che siano nati da legittimo matrimonio 140-141
41. In quali casi abbia luogo la tutela dativa pei minori che siano nati fuori matrimonio 141-142
42. Della nomina del tutore dativo 142-143

Sezione II.

Del consiglio di famiglia e del consiglio di tutela.

Nozioni generali.

43. Della istituzione del consiglio di famiglia. Scopo ed uffici di esso. 144-153
44. Permanenza del consiglio di famiglia. Motivi e conseguenze di questa massima stabilita dal nostro codice 153-158
45. Sede in cui si costituisce il consiglio di famiglia 158-166
46. In quali casi e modi possa essere trasferita altrove la sede predetta . 166-175

Num. Pagine

47. Del consiglio di tutela 175-178
48. Partizione della materia 178

§ I. — *Della composizione del consiglio di famiglia, e di quella del consiglio di tutela.*

49. Principii generali adottati dal nostro codice intorno alla formazione del consiglio di famiglia 179-183
50. Uffici del pretore relativamente al consiglio di famiglia . 183-187
51. Quali persone facciano parte necessaria del consiglio di famiglia 187-188
52. Criteri generali seguìti dal legislatore nel determinare tassativamente quali siano i consulenti di diritto 188-189
53. Enumerazione fatta dalla legge dei consulenti di diritto . . 189-193
54. Norme colle quali è regolato l'ordine di preferenza tra i consulenti di diritto 193-197
55. Norme dettate dalla legge per la scelta dei consulenti elettivi. Facoltà spettanti in questa scelta al pretore. Se esse costituiscano un potere assolutamente discrezionale di questo magistrato 197-208
56. Dispensa, che può essere accordata, dall'ufficio di consulente. 208-212
57. Norme direttive generali intorno alla formazione del consiglio di tutela . 212-214
58. Consiglio di tutela pei figli naturali legalmente riconosciuti. 214-215
59. Consiglio di tutela pei figli di genitori ignoti 215-218
60. Da qual momento si reputi legalmente costituito il consiglio di famiglia o di tutela 218-220
61. L'ufficio di consulente è gratuito. Rimborso di spese a cui può tuttavia lasciar luogo 220-221

§ II. — *Delle convocazioni e deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela.*

62. Mezzi stabiliti dalla legge affinchè giunga notizia dell'apertura della tutela al pretore 221-229
63. Obblighi del pretore allorchè conosca l'apertura della tutela. Provvedimenti immediati che il consiglio di famiglia deve dare . 229-230
64. Convocazioni del consiglio di famiglia nel corso della tutela. Persone che possono promuoverle 230-239
65. Come debba farsi la convocazione 239-242
66. Obbligo dei consulenti d'intervenire personalmente . . . 242-244
67. Penalità pei consulenti che manchino alle convocazioni. Provvedimenti pel caso di mancanza abituale 244-250
68. Deliberazioni dalle quali qualche consulente può essere obbligato di astenersi 250-255

Num. Pagine

69. Diritto del minore, che abbia compiuti i 16 anni, di assistere alle sedute del consiglio 255
70. Condizioni necessarie per la legalità delle adunanze . . . 255-260
71. Condizioni necessarie per la validità delle deliberazioni del consiglio 260-270
72. Processi verbali delle adunanze 270-275

§ III. — *Caratteri ed effetti degli atti del consiglio di famiglia o di tutela. Mezzi con cui tali atti possono essere impugnati.*

73. Caratteri ed effetti diversi che gli atti del consiglio di famiglia o di tutela possono assumere, secondo la differente loro specie 275-280
74. Le deliberazioni del consiglio non hanno mai carattere di atti pubblici, nè equivalgono a giudicati. Conseguenze di questi principii 280-283
75. Esecutorietà delle deliberazioni del consiglio. Distinzione tra i casi in cui esse siano o non siano soggette ad omologazione. 283-286
76. Caratteri ed effetti giuridici della omologazione. Persone che debbono o possono promuoverla od opporvisi. Termini e forme da osservarsi nella istanza e nelle opposizioni . . 286-295
77. Principii generali intorno alle cause per le quali possono essere impugnabili gli atti del consiglio di famiglia o di tutela, ed ai mezzi di tale impugnazione 295-299
78. (I) Come possa essere impugnata la costituzione stessa del consiglio di famiglia o di tutela 299-301
79. Per quali cause speciali possa farsi luogo a tale impugnazione 301-313
80. A quali persone spetti la facoltà di promuovere ricorso a tale uopo, e contro chi possa essere diretto 314-325
81. Tempo e modo per la presentazione del reclamo 325-329
82. Effetti derivanti dall'ammissione del ricorso 329-332
83. (II) Considerazioni generali intorno all'impugnazione delle deliberazioni del consiglio, per impedire l'esecuzione di esse, e intorno alle cause per cui tale impugnazione può aver luogo 332-333
84. (*a*) Regola generale stabilita dall'articolo 260, § 2, in proposito del ricorso contro le deliberazioni del consiglio per ragioni di merito. Se per l'ammissibilità di tale ricorso sia condizione indispensabile che la deliberazione impugnata non sia stata presa ad unanimità 333-337
85. Generalità della disposizione del predetto articolo 260, § 2. Conseguenze di tale generalità. Se siano ammissibili limitazioni e quali 337-348
86. Persone dalle quali può essere promosso il ricorso con cui si impugnino in merito le deliberazioni non unanimi del consiglio di famiglia o di tutela 348-353
87. Facoltà di ricorso conceduta dalla legge al tutore, al protutore e al curatore 353-356

Num. Pagine

88. Sotto quali condizioni possano i consulenti impugnare nel merito le deliberazioni prese dal consiglio 356-361
89. Azione conceduta al ministero pubblico. Condizioni necessarie perchè esso possa esercitarla 361-363
90. Persone contro le quali è da promuoversi il ricorso con cui s'impugnino nel merito le deliberazioni del consiglio . 363-364
91. Entro qual termine debba essere proposto il ricorso, e quali siano le forme del procedimento 364-377
92. Quali effetti derivino dalla interposizione del ricorso e dalla decisione che lo accolga 377-382
93. (*b*) Principii generali relativi alla impugnazione delle deliberazioni del consiglio di famiglia, allo scopo d'impedire che siano eseguite; la quale impugnazione si fondi sulla incompetenza o sulla irregolare costituzione del consiglio stesso. 382-386
94. Da quali e contro quali persone possa essere promosso il ricorso per le cause preaccennate 387-399
95. Entro qual tempo e con quali forme debba esercitarsi l'azione. Effetti dell'ammissione di essa 399-401
96. (*c*) Principii generali relativi alla impugnazione degli atti del consiglio di famiglia, per impedire che vengano eseguiti, quando tale impugnazione si fondi sopra difetti di forma nella convocazione e nella deliberazione. In quali casi, per le cause predette, le deliberazioni del consiglio abbiano a considerarsi come *inesistenti giuridicamente* 401-404
97. Regole per determinare i casi di annullabilità degli atti del consiglio a cagione di vizii di forma nella convocazione e nella deliberazione 404-409
98. Regole comuni all'impugnazione degli atti del consiglio per incompetenza o irregolare costituzione di esso, e per difetti di forma nella convocazione e nella deliberazione . . . 409-410
99. (III) Principii generali intorno al potersi impugnare gli atti che siano stati compiuti in esecuzione di deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela. Cause per le quali tale impugnazione può essere ammissibile 410-412
100. Da quali e contro quali persone possa esercitarsi l'azione per impugnare gli atti fatti in virtù di deliberazioni del consiglio nulle per vizii di forma 413-418
101. In qual tempo e con quali forme possa esercitarsi l'azione di nullità contro quegli atti; e quali effetti derivino dalla dichiarazione giudiziale di tale nullità 419-424

§ IV. — *Della responsabilità individuale delle persone componenti il consiglio di famiglia o di tutela.*

102. Se e quale responsabilità spetti ai membri del consiglio di famiglia o di tutela, pei danni derivabili al minore dall'eseguimento delle deliberazioni del consiglio stesso; e con quali norme tale responsabilità possa essere determinata . 425-434

APPENDICE

Della tutela dei minori ricoverati nei pubblici ospizi.

Num. Pagine

103. Concetti generali adottati dalla nostra legislazione intorno alla tutela dei minori ricoverati nei pubblici ospizi 434-440
104. Dei ricoverati la cui nascita sia legittima 440-448
105. Dei ricoverati la cui nascita sia illegittima 448-451
106. Caratteri generali dell'ufficio affidato alle amministrazioni dei pubblici ospizi relativamente ai ricoverati minori di età. 451-454
107. Quali funzioni eserciti l'amministrazione dell'ospizio come consiglio di tutela 454-459
108. Quali delle funzioni attribuite ai tutori spettino all'amministrazione dell'ospizio 459-462
109. Facoltà conceduta all'amministrazione dell'ospizio di delegare alle funzioni di tutore uno degli amministratori . . . 462-468
110. Quali poteri spettino e quali obbligazioni incombano all'amministratore eletto per esercitare le funzioni di tutore . . 468-472
111. Quando cessi l'ufficio tutelare dell'amministrazione dell'ospizio sui ricoverati 472-480

Sezione III.

Del protutore.

112. Origine, scopo ed uffici della protutela 481-489
113. Diverse specie di protutela ammesse dalla nostra legge . . 489-491
114. Della protutela testamentaria 491-492
115. Della protutela dativa 492-494
116. In qual tempo debba farsi la nomina del protutore dativo. 494-500
117. Conseguenze derivabili dall'essere stato intrapreso l'esercizio delle funzioni di tutore prima della nomina del protutore 500-506
118. In quali casi il protutore agisca pel minore e lo rappresenti 506-511
119. Uffici del protutore in caso di tutela vacante o abbandonata 511-515
120. Responsabilità che può spettare al protutore per l'inadempimento degli uffici che gli sono attribuiti dalla legge . . 515-518
121. Per quali cause possa cessare la protutela 518-521

Sezione IV.

Delle cause che possono ostare all'esercizio degli uffici tutelari.

Nozioni generali.

122. Caratteri principali che differenziano le varie cause per le quali può essere posto ostacolo all'esercizio degli uffici tutelari. Caratteri comuni tra quelle cause 522-527

§ I. — *Delle cause necessarie costituenti impedimento all'esercizio degli uffici tutelari.*

Nozioni generali.

Num. Pagine

123. Distinzione tra le cause d'incapacità e d'indegnità agli uffici della tutela 527-535

A) *Delle cause d'incapacità.*

124. Considerazioni generali su questo argomento 536-537
125. 1) Le donne sono generalmente reputate incapaci degli uffici tutelari 537-538
126. Eccezioni alla regola indicata nel numero precedente. . . 538-545
127. 2) Sono incapaci agli uffici tutelari coloro che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio 545-550
128. 3) Persone incapaci degli uffici tutelari a cagione d'una lite col minore 550-559
129. Non sono ammissibili altre cause d'incapacità, oltre a quelle precedentemente accennate 559-560

B) *Delle cause d'indegnità.*

130. Principii generali concernenti questa materia. Classificazione delle cause d'indegnità per gli uffici tutelari 561-572
131. 1) Condanne penali recanti indegnità perpetua 572-577
132. 2) Condanne penali producenti indegnità temporaria . . 577-590
133. 3) Fallimento non seguìto da riabilitazione 590-592
134. 4) Notoria cattiva condotta, e notoria incapacità di amministrare 592-596
135. 5) Provata infedeltà o trascuratezza, ed abuso di autorità nell'esercizio della tutela 596-600
136. Forme di procedimento per la esclusione o la remozione dagli uffici tutelari. 601-607
137. Richiamo a cui va soggetta la decisione data in proposito dal consiglio di famiglia o di tutela 607-621
138. Effetti della esclusione e della remozione 621-626

§ II. — *Delle cause di dispensa dagli uffici di tutore e di protutore.*

139. Nozioni fondamentali su questo argomento 626-637
140. Cause che dispensano di diritto dagli uffici di tutore e di protutore 638-649

Num. Pagine

141. Principii generali intorno alle cause per le quali la legge attribuisce al tutore o al protutore la facoltà di chiedere e il diritto di ottenere dispensa 649-653
142. Cause di scusa dipendenti dal sesso, dall'età, dallo stato fisico della persona 654-657
143. Della dispensa che si concede a chi abbia cinque figli viventi 657-664
144. Della dispensa che si accorda a chi sia già incaricato di una tutela . 664-671
145. Dei militari in attività di servizio 671
146. Della dispensa spettante a chi eserciti fuori una missione governativa od un ufficio pubblico 672-675
147. Causa per la quale si può dispensarsi dall'assumere, non dal continuare l'ufficio di tutore o protutore 675-685
148. Cause di dispensa facoltativa anche quanto alla concessione, che può farne o negarne il consiglio di famiglia 686-690
149. Omologazione a cui è soggetta la deliberazione non unanime, colla quale il consiglio di famiglia abbia dispensato il tutore, il protutore o il curatore consenziente, a norma dell'articolo 276 cod. civile 690-693
150. Procedimenti stabiliti dalla legge per le domande di dispensa, e pel richiamo contro le decisioni consigliari, con cui siano state rigettate tali domande 693-703

Sezione V.

Dell'esercizio della tutela.

Nozioni generali.

151. Da qual momento cominci l'esercizio della tutela . . . 704-712
152. Osservazioni generali intorno agli uffici del tutore nell'amministrazione tutelare. Partizione della materia 712-714

§ I. — *Della rappresentanza del minore soggetto a tutela negli atti civili.*

153. Fondamento ed estensione del principio che il tutore rappresenta il minore negli atti civili 714-716
154. Limitazioni, a cui va soggetto il predetto principio generale. 716-717
155. Atti, che divengono impossibili durante la tutela, non potendo per essi il minore essere rappresentato dal tutore . . . 717-718
156. Atti, che il minore può compiere personalmente senza alcuna formalità abilitante 718-720
157. Atti, che il minore può compiere personalmente, osservando però certe forme abilitanti 720-724
158. Conseguenze giuridiche del non essere il minore stato rappresentato dal tutore negli atti in cui ciò è necessario, o dall'avere il minore preso parte personalmente a quegli atti . 724-727

§ II. — *Degli obblighi e dei poteri del tutore quanto alla persona del minore.*

Num. Pagine

159. Idee generali intorno al governo della persona soggetta a tutela per minorità 727-730
160. Uffici del tutore in ordine alla educazione del minore . . . 730-734
161. Potere di custodia spettante al tutore verso il minore . . . 734-737
162. Facoltà date al tutore per la correzione del minore . . . 737-743
163. Poteri attribuiti al consiglio di famiglia relativamente al governo della persona tutelata 743-746
164. Mezzi conceduti al minore contro il tutore in caso di abuso. 746-747

§ III. *Degli obblighi e dei poteri del tutore in ordine all'amministrazione dei beni del minorenne.*

Nozioni generali.

165. Concetti fondamentali, adottati nel Codice civile italiano in ordine all'amministrazione dei beni appartenenti al minore soggetto a tutela 747-749
166. Estensione dei poteri e degli obblighi del tutore in tale amministrazione 749-762
167. Principii generali intorno alla responsabilità del tutore per la gestione patrimoniale 762-765
168. Transizione e partizione della materia 765-766

A.

Degli obblighi che il tutore deve adempiere in principio dell'amministrazione tutelare.

169. Nozioni generali e divisione della materia 766-767

I.

Della rimozione dei sigilli e della formazione dell'inventario.

170. Della istanza che il tutore è tenuto a fare per la remozione dei sigilli; del tempo in cui deve presentarla, e della responsabilità che incorre in caso di ommissione 768-771
171. Carattere generale, assoluto e d'ordine pubblico della disposizione di legge, che prescrive la formazione dell'inventario 772-773
172. Conseguente inammissibilità di qualunque dispensa dal relativo obbligo del tutore 773-776
173. Da chi debba farsi procedere alla formazione dell'inventario, e chi debba intervenirvi 776-780

Num. Pagine

174. Tempo in cui l'inventario devesi fare 780-782
175. Quali cose l'inventario debba contenere 782-786
176. Specialità del caso che nel patrimonio del minore siano compresi stabilimenti industriali o commerciali 786-787
177. Disposizioni particolari date dalla legge pei valori in numerario o in carte al portatore, e per gli oggetti preziosi, che si trovino nel patrimonio del minore 788
178. Dichiarazioni, a cui in occasione dell'inventario è tenuto il tutore . 788-800
179. Pene, a cui egli va soggetto, se ommetta tali dichiarazioni . 800-807
180. Forme ordinarie solenni dell'inventario 807-815
181. Forme speciali ammesse in casi di eccezione 815-823
182. Responsabilità e pene, in cui incorre il tutore, se ommetta di fare l'inventario nel termine e nel modo stabilito dalla legge, o se lo faccia infedelmente 823-833
183. Influenza del compimento dell'inventario sull'esercizio dei poteri del tutore 833-836

II.

Della cauzione.

184. Principii fondamentali intorno all'obbligo, che di regola spetta al tutore, di dare cauzione 836-842
185. Casi eccezionali, in cui ne è dispensato per legge, o può esserne dispensato dal consiglio di famiglia 842-848
186. Modi in cui il tutore può soddisfare a quest'obbligo suo . 848-850
187. Facoltà attribuite al consiglio di famiglia in ordine alla determinazione della cauzione 850-856
188. Revocabilità delle deliberazioni prese in proposito dal consiglio predetto 856-860

III.

Della vendita dei mobili del minore.

189. Idee generali intorno alla disposizione dell'art. 290 cod. civ., che impone la vendita dei mobili del minore in principio della tutela 860-865
190. Quali siano veramente i beni compresi nella predetta disposizione dell'art. 290 865-869
191. Specialità relative ai titoli al portatore ed agli stabilimenti di commercio o d'industria, che si trovino nel patrimonio del minore 869-872
192. Entro qual termine debba farsi la vendita dei mobili del minore . 872-873
193. Forme da osservarsi nella vendita predetta 873-876

Num. Pagine

194. Se alla regola dell'art. 290 possa derogarsi per privata disposizione testamentaria 876-880
195. Eccezioni che la legge ammette contro la regola stessa per deliberazione del consiglio di famiglia 880-884
196. Responsabilità del tutore, pei casi in cui egli contravvenga al disposto della legge o al deliberato del consiglio di famiglia in ordine alla vendita dei mobili del minore 884-889

IV.

Delle determinazioni da chiedersi al consiglio di famiglia, in ordine al limite delle spese annuali ed all'impiego degli avanzi sulle rendite.

197. Ragioni ed oggetti delle deliberazioni che si richiedono dal consiglio di famiglia in questa materia 889-891
198. Norme che il consiglio deve seguire in tali deliberazioni . 891-893
199. Modificazioni possibili delle deliberazioni prese, durante il corso della tutela 893-894
200. 1) Delle spese per il mantenimento, la educazione e la istruzione del minore 894-901
201. 2) Delle spese di amministrazione 901-909
202. Facoltà spettante al consiglio di famiglia, di autorizzare il tutore ad assumere coadiutori stipendiati 909-922
203. Effetti delle deliberazioni prese dal consiglio intorno alle spese personali pel minore, ed a quelle per l'amministrazione dei beni di lui 922-929
204. Sanzioni nelle quali incorre il tutore se manchi di provocare le deliberazioni del consiglio intorno al limite delle spese . 929-931
205. 3) Determinazioni del consiglio di famiglia intorno all'impiego degli avanzi sulle rendite 931-952
206. Responsabilità del tutore, pel caso in cui abbia ommesso di promuovere tali deliberazioni 952-959
207. Responsabilità del tutore, pel caso in cui non eseguisca le deliberazioni che il consiglio abbia prese 959-966
208. Se le stesse norme siano applicabili per analogia all'impiego dei capitali del minore 966-969

B.

Degli obblighi e dei poteri del tutore in ordine all'amministrazione dei beni durante il corso della tutela.

209. Principii direttivi adottati dal codice italiano in questo argomento 970-972
210. Se la enumerazione, fatta nel codice, degli atti pei quali il tutore ha bisogno di essere autorizzato, debba considerarsi come tassativa, o semplicemente dimostrativa 972-980
211. Partizione della materia 980-982

I.

Degli atti giudiziali.

Nozioni generali.

Num. Pagine

212. Principii fondamentali stabiliti dal codice intorno a questo argomento 982-987
213. Norme generali per l'applicazione dei principii predetti . 987-990

A) *Degli atti pei quali il tutore non ha bisogno d'essere autorizzato.*

214. Della difesa del minore in qualunque lite nella quale egli sia convenuto 990-993
215. Se il tutore possa, senza autorizzazione, aderire alle istanze proposte dall'attore contro il minorenne 993-998
216. Se possa emettere confessioni, deferire, accettare o riferire il giuramento decisorio 998-1016
217. Se possa liberamente promuovere, contro la sentenza, che sia pronunciata in danno del minore, i mezzi d'impugnazione ammessi dalla legge; e se possa, all'opposto, accettare tale sentenza; o rinunziare all'appellazione che ne avesse interposto. 1016-1022
218. Delle azioni possessorie. 1022-1024
219. Delle azioni per denunzia di nuova opera, o per danno temuto 1024-1025
220. Delle azioni per apposizione, o per regolamento di confini 1026-1027
221. Delle azioni relative al conseguimento delle rendite . . 1027-1028
222. Delle azioni da promuoversi per urgenza o per scopi conservatorii 1029-1032
223. Se nei predetti casi eccezionali, di azioni che il tutore ha potuto promuovere senza esservi autorizzato, gli sia lecito eziandio di rinunziare agli atti del giudizio, od all'azione, o di accettare la sentenza pronunciata contro il minore, o di recedere dall'appellazione interposta 1033-1034

B) *Degli atti per compiere i quali il tutore dev'essere autorizzato dal consiglio di famiglia.*

224. Delle azioni, in generale, da promuoversi in giudizio nell'interesse del minore, e in particolare della provocazione giudiziale di divisioni 1035-1040
225. Se l'autorizzazione del consiglio di famiglia sia necessaria al tutore per continuare o riprendere una lite già promossa dall'autore del minorenne 1040
226. Se il tutore, autorizzato a stare in giudizio, possa fare liberamente qualunque atto relativo ed anche deferire, accettare o riferire il giuramento decisorio 1040-1043

Num. Pagine

227. Se possa rinunziare all'azione od agli atti del giudizio promosso coll'autorizzazione del consiglio 1043-1046
228. Se possa impugnare, coi mezzi ammessi dalla legge, la sentenza pronunciata in danno del minore, o possa accettare, all'opposto, la sentenza stessa, o recedere dall'appellazione interposta 1046-1051
229. Se il tutore possa, senza esservi autorizzato specialmente, iniziare procedimenti esecutivi contro i debitori del tutelato . 1051-1054
230. Dei diritti spettanti al convenuto in una lite, che sia stata promossa dal tutore senz'avere riportata l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che gli fosse necessaria . . . 1054-1059

II.

Degli atti estragiudiziali.

Nozioni generali.

231. Principii direttivi adottati dalla legge nostra in questo argomento. Partizione della materia 1060-1063

A) *Degli atti pei quali il tutore non è soggetto a veruna formalità abilitante.*

232. Determinazione degli atti che il tutore può fare da solo. Se tra essi siano da comprendersi, in generale, quelli di semplice amministrazione ordinaria 1063-1067
233. 1) Facoltà libere del tutore nel regolare l'azienda della tutela . 1067-1068
234. Specialità relative all'acquisto di oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio 1068-1070
235. 2) Principii generali concernenti gli *atti conservativi* . . 1070-1071
236. Applicazioni di tali principii alla conservazione dei beni immobili 1071-1088
237. Altre applicazioni alla conservazione dei beni mobili . 1088-1092
238. Altre applicazioni relative ai beni incorporali 1092-1093
239. Specialità risguardanti i miglioramenti, le ricostruzioni e nuove costruzioni di stabili 1093-1095
240. 3) Principii generali per gli atti relativi alla *produzione dei frutti* 1095-1097
241. Applicazioni di tali principii ai beni immobili del minore 1097-1105
242. Altre applicazioni ai beni mobili 1106-1108
243. Regole risguardanti i contratti di locazione 1108-1124
244. 4) Principii generali per gli atti concernenti la *percezione dei frutti e delle rendite* 1124-1126
245. Specialità relative alla vendita dei frutti 1126-1130
246. Dell'accettazione di donazioni o legati disposti a pro del minore, e non soggetti a pesi nè a condizioni . . . 1130-1131

Num. Pagine

247. Massime relative alle divisioni provvisorie, risguardanti il semplice godimento 1131-1136
248. Del pagamento dei debiti del minore 1136-1166

B) *Degli atti pei quali è sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia.*

249. Enumerazione degli atti da comprendersi in questa categoria . 1167-1169
250. 1) Riscossione dei capitali 1169-1177
251. Se tra la riscossione dei capitali del minore e il loro reimpiego siavi tal vincolo, che il consiglio di famiglia non possa autorizzare quella senza provvedere contemporaneamente a questo 1177-1180
252. Del caso in cui il tutore stesso debba qualche somma capitale al minore 1180-1181
253. Sanzioni speciali della regola che richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia per la riscossione dei capitali del minore . 1181-1185
254. Atti aventi così intima analogia con quello di riscossione dei capitali, da doversi ritenere pure necessaria per quelli l'autorizzazione del consiglio di famiglia 1185-1195
255. 2) Impiego dei capitali 1195-1201
256. Conseguenze speciali dell'adempimento o dell'inosservanza della legge in ordine all'autorizzazione richiesta per tale impiego . 1201-1204
257. 3) Acquisto di beni immobili o mobili. 1204-1217
258. Sanzioni speciali della regola che richiede per esso l'autorizzazione del consiglio di famiglia 1217-1220
259. 4) Accettazione e rinunzia di eredità 1220-1232
260. 5) Accettazione di legati particolari e di donazioni. . . 1232-1245
261. Sanzioni delle relative disposizioni di legge 1245-1252
262. 6) Locazioni eccedenti il novennio 1252-1265
263. 7) Affitto dei beni del minore a profitto del tutore o del protutore . 1265-1271
264. Specialità essenziale agli atti di autorizzazione emananti dal consiglio di famiglia nei casi dalla legge stabiliti . 1271-1272

C) *Degli atti pei quali la deliberazione autorizzante del consiglio di famiglia dev'essere omologata dal tribunale.*

265. Determinazione degli atti da comprendersi in questa categoria . 1273-1275
266. 1) Atti di alienazione 1275-1281
267. Generalità delle disposizioni che li riguardano, per qualunque sia la specie di quella alienazione che si tratti di fare . 1281-1285
268. Nè vi è luogo a distinzione per la qualità dei beni che abbiano a formare oggetto dell'alienazione. 1285-1291

Num. Pagine

269. È indifferente del pari quale sia il titolo e quale la causa dell'alienazione stessa 1291-1293
270. Quali siano i poteri del consiglio di famiglia e del tribunale in ordine all'autorizzazione per l'alienazione dei beni del minorenne 1293-1301
271. Casi di alienazione di beni del minorenne, ai quali non possono applicarsi le disposizioni degli articoli 296 e 301 . 1301-1306
272. 2) Mutui passivi 1306-1313
273. 3) Atti costitutivi di pegno o di ipoteca 1313-1320
274. Se l'autorizzazione del consiglio di famiglia o l'omologazione del tribunale siano necessarie anche per la costituzione di un'anticresi. 1320-1324
275. 4) Divisioni 1325-1334
276. 5) Transazioni 1334-1337
277. 6) Compromessi 1337-1340
278. Tempo in cui debbono esser date l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale nei casi determinati dalla legge 1340

D) *Degli atti assolutamente vietati al tutore.*

279. Distinzione di due diverse categorie tra gli atti che sono dalla legge assolutamente vietati al tutore 1341-1343
280. 1) Delle donazioni ed altri atti di liberalità. 1343-1344
281. 2) Della proibizione al tutore di comperar beni del minore 1345-1352
282. Casi di eccezione, nei quali è ammissibile che il tutore possa comperar beni in cui anche al tutelato appartengano diritti di proprietà 1352-1355
283. 3) Della proibizione al tutore di accettare la cessione di crediti od altri diritti contro il minore 1355-1370
284. Se debba ritenersi proibita al tutore la surrogazione nei diritti d'un creditore del minorenne, pagando il debito di quest'ultimo, o la novazione, mediante cui il tutore stesso si sostituisca come nuovo creditore all'antico del minorenne 1370-1380
285. Quale sia la *sanzione della proibizione fatta al tutore*, per l'accettazione della cessione di crediti od altri diritti verso il minore, e quali effetti derivino dall'annullazione di tali atti 1380-1396

§ IV. — *Influenza dell'esercizio della tutela nei rapporti fra il tutore e l'amministrato e nei rapporti del tutore e dell'amministrato con terze persone.*

286. Generalità sull'influenza che la tutela può esercitare nei rapporti tra il minore ed il tutore, e verso i terzi, coi quali il tutore abbia trattato in rappresentanza dell'amministrato 1397-1399

Num. Pagine

287. Diritti ed obbligazioni fra il tutore e l'amministrato . . 1399-1402
288. Rapporti derivabili dagli atti del tutore, tra il minorenne da lui rappresentato ed i terzi, secondochè in quegli atti siano state, o no, adempite le forme abilitanti prescritte dalla legge 1402-1412
289. Rapporti derivabili dagli atti compiuti dal tutore in rappresentanza del minorenne, tra il tutore medesimo ed i terzi 1412-1413

SEZIONE VI.

Della cessazione della tutela.

Nozioni generali.

290. Idee generali su questo argomento. — Partizione della materia 1414

§ I. — *Delle cause per cui finisce la tutela.*

291. Cause assolute di cessazione dello stato di tutela . . 1415-1417
292. Cause relative di cessazione delle funzioni del tutore . . 1417-1421

§ II. — *Degli effetti della cessazione della tutela.*

A) *Effetti che la cessazione della tutela produce in ordine ai poteri, agli obblighi, ed alle incapacità del tutore.*

293. Principii generali in questo argomento 1421-1426
294. Se sia ammissibile la massima, che i rapporti di tutela continuino a sussistere fino al rendimento ed all'approvazione definitiva del conto 1426-1431
295. Quali effetti possano avere gli atti, che il tutore faccia a nome del minore nell'intervallo tra la cessazione della tutela e la consegna dei beni amministrati, in seguito all'approvazione definitiva del conto 1431-1438
296. Quali obbligazioni incombano al tutore che conservi di fatto l'amministrazione dei beni del minore dopo finita di diritto la tutela 1438-1443
297. A quali incapacità, nei suoi rapporti coll'amministrato, rimanga soggetto il tutore anche dopo finita la tutela . 1443-1445

B) *Del rendimento dei conti della tutela.*

Nozioni generali.

298. Principii generali 1445-1449
299. Distinzione tra gli stati annuali d'amministrazione e il rendiconto finale 1449-1451

Num. Pagine

300. Proibizione d'ogni dispensa dal rendimento dei conti . . 1451-1461
301. Partizione della materia 1461-1462

I.

Degli stati annuali d'amministrazione.

302. Origine e motivi della disposizione che prescrive la presentazione degli stati annuali 1463-1467
303. Eccezioni all'obbligo della presentazione di questi stati . 1467-1469
304. Forme, caratteri ed effetti degli stati annuali d'amministrazione 1469-1473

II.

Da quali persone debba essere dato, ricevuto ed approvato il conto definitivo della tutela.

305. Chi debba rendere il conto 1475-1474
306. A chi debba rendersi il conto 1476-1478
307. Formalità necessarie, secondo i diversi casi, affinchè il conto divenga per l'approvazione definitivo, ed affinchè il tutore resti efficacemente liberato 1478-1488

III.

Del tempo e del modo in cui dev'essere reso il conto.

308. Quale sia il tempo in cui debbasi rendere il conto . . 1489-1492
309. Principii generali relativi ai modi in cui il conto possa essere dato 1493-1494
310. Del conto dato all'amichevole. Sue forme 1494-1495
311. Del conto dato giudizialmente. Sue forme 1495-1498
312. A carico di chi debbono porsi le spese del rendiconto . 1498-1502

IV.

Della composizione del conto.

313. Principii generali 1503-1505
314. Della partita dell'esatto 1505-1507
315. Delle partite dello speso 1507-1508

V.

Degli effetti del rendiconto approvato, specialmente in ordine al reliquato ed alla decorrenza dei relativi interessi.

Num. Pagine

316. Principii generali intorno agli effetti derivabili dalla definitiva approvazione del rendiconto della tutela . . . 1509-1513
317. Eccezioni fatte dalla legge alle regole comuni circa la decorrenza degli interessi per le somme risultanti dal rendiconto definitivo a carico del tutore o del minore . 1513-1518
318. Motivi e limiti della massima stabilita per gl'interessi sul residuo debito del tutore 1518-1527
319. Motivi della massima stabilita per la decorrenza degli interessi sulla somma che dal minore sia dovuta al tutore 1527-1530
320. Casi nei quali può farsi luogo a rettificazione del conto approvato; ed effetti che ne possono derivare . . . 1530-1534

VI.

Delle convenzioni vietate fra tutore e amministrato, finchè non sia definitivamente approvato il conto della tutela.

321. Origine e motivi della disposizione che vieta ogni convenzione fra il tutore e l'amministrato giunto a maggiore età, prima della definitiva approvazione del conto . . 1535-1538
322. A quali persone si applichi la proibizione predetta . . 1538-1545
323. Quali convenzioni comprenda 1545-1550
324. Quali effetti e quali sanzioni abbia. 1550-1553
325. Quando cessi 1553-1555

VII.

Della prescrizione estintiva speciale delle azioni relative alla tutela.

326. Principii fondamentali in questa materia 1556-1559
327. Fra quali persone possa aver luogo l'eccezionale prescrizione stabilita dall'articolo 309 del codice civile . . . 1559-1562
328. A quali azioni sia applicabile la prescrizione predetta . 1562-1571
329. Della regola che la prescrizione decennale non si applica all'azione pel reliquato 1571-1574
330. Della prescrizione delle azioni in rettificazione del conto 1574-1582
331. Della prescrizione delle azioni in nullità delle convenzioni fatte in contravvenzione all'art. 307, § 2, cod. civile 1582-1588
332. Punto di decorrenza della prescrizione decennale . . . 1582-1592

INDICE DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

spiegati nel volume VIII

Articoli	Numeri	Pagine
240	4	9-11
241	18	53-55
242	24-25, 27	67-75, 88-91
243	24, 26	67-70, 75-88
244	35-36	110-127
245	37-38, 40-42	127-138, 140-143
246	28	91-96
247	30-34	101-110
248	41	141-142
249	43-46	144-175
250	62-63	221-230
251	49-51, 69	179-188, 255
252	52-54	188-197
253	55	197-208
254	56	208-212
255	66-67	242-250
256	60, 72, 78-79, 81, 100-101	218-220, 270-275, 299-313, 325-329, 413-424
257	64	230-239
258	65, 69, 70-71, 96	239-242, 255, 255-270, 401-404
259	68	250-255
260	72, 80, 84-92	270-275, 314-325, 333-382
261	47, 57-59	175-178, 212-218
262	103-111	434-480
263	61	220-221
264	113-116	489-500
265	116-117	494-506
266	118-119	506-515
267	121	518-521
268	124-129	536-560
269	130, 131, 133, 135	561-577, 590-600
270	132	577-590
271	136-137	601-621
272	140	638-649
273	141, 146	649-675
274	147	675-685
275	150	693-703
276	148-149	686-693
277	159	727-730

(*Segue:* Indice ecc.).

Articoli	Numeri	Pagine
278	160-161, 163	730-737, 743-746
279	162	737-743
280	159, 164	727-730, 746-747
281	170-174	768-782
282	173, 180-181	776-780, 807-823
283	175	782-786
284	176, 181	786-787, 815-823
285	178	788-800
286	179	800-807
287	177	788
288	182	823-833
289	183	833-836
290	189-190, 192-196	860-869, 872-889
291	197-201, 203, 208	889-909, 922-969
292	184-187	836-856
293	188	856-860
294	205	940-943
295	202	909-922
296	210, 212-230, 232, 278, 266	972-980, 982-1059, 1063-1067, 1340, 1275-1281
297	264	1271-1272
298	191	869-872
299	191, 195	869-872, 880-884
300	263, 281-285	1265-1271, 1345-1396
301	265-278	1273-1340
302	298-299, 308	1445-1451, 1489-1492
303	302-304	1463-1473
304	300	1451-1461
305	308, 312- 315	1489-1492, 1498-1502 1507-1509
306	306-307	1476-1488
307	306-307, 321-325	1476-1488, 1535-1555
308	317-320	1513-1534
309	326-332	1556-1592

3135
28/IV/39
R. UNIVERSITA' DI PADOVA
ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO

REC 7385